

Sentencias

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

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

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Responsabilidad extracontractual: Accidente de tráfico por colisión con animal de coto: Prescripción de acciones.–Reale Seguros SA y Dña. Salvadora formularon, el 21 de abril de 2014, demanda de reclamación

de cantidad por responsabilidad extracontractual derivada de accidente sufrido por el vehículo asegurado, en el que viajaba como ocupante su propietaria y demandante Dña. Salvadora, cuando sobre las 20 horas del día 30 de octubre de 2011, a la altura del punto kilométrico 36,08 de la carretera LU-540, de Viveiro a Cabreiros, irrumpió un jabalí en la calzada; demanda que se dirigió contra el Tecor «Xermade», sito en término de Lugo, coto del que se afirmó que procedía el animal.

La parte demandada se opuso a la demanda, alegando, en primer lugar la prescripción, y, seguido el proceso, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Villalba, de 29 de abril de 2015, desestimó la excepción y estimó parcialmente la demanda condenando al pago de un total de 15.129,53 €, distribuidos en 1005,09 para Reale y 14.124,44 € para Dña. Salvadora.

Recurrió en apelación el Tecor «Xermade» y la sentencia de 16 de diciembre de 2015, de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo, con auto de rectificación de errores materiales de 14 de enero de 2016, entendió que la acción estaba prescrita, por aplicación de los artículos 1961 y 1968.2 CC, siguiendo la teoría de la *actio nata*, porque se pudo ejercitar desde la fecha del siniestro, sin que se acredite la interrupción de la prescripción.

La sentencia de primera instancia rechaza la prescripción alegada por la demandada en atención a considerar acreditado que la demandada, en base al Informe Arena de la Guardia Civil y la certificación de la Xunta de Galicia, dirigió demanda en fecha 26 de octubre de 2012 contra el Tecor Xermade, de la que hubo desistir en fecha 9 de enero de 2013, admitiéndose el desistimiento por el Juzgado en fecha 17 de enero de 2013, porque se recibió certificación de la Xunta en la que se manifestaba que en la certificación anterior, de fecha 29 de diciembre de 2011, constaba un error, indicando ahora que el punto kilométrico 38,8 se corresponde con otro coto. Como consecuencia inició un nuevo procedimiento, del que también hubo de desistir al conocer por oficio de 29 de diciembre de 2013 que el accidente había tenido lugar en el punto kilométrico 36,8 correspondiente al coto Xermade. La Audiencia Provincial razona en el sentido de que la prescripción de la acción contra Xermade quedó interrumpida por el desistimiento y el plazo de un año volvió a correr desde su fecha (17 de enero de 2013) por lo que la acción ya había prescrito cuando se interpuso la segunda demanda contra Xermade el 15 de abril de 2014, sin que el proceso seguido contra el coto erróneo produzca el efecto de interrumpir la prescripción respecto de Xermade.

El recurso de casación, mediante un solo motivo, alega oposición a la jurisprudencia de esta Sala y existencia de doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales, así como infracción de los artículos 1968.2, 1969 y 1973 CC, respecto de que la prescripción es una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en el abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, sin que tal abandono o dejadez se haya producido en el caso presente.

El motivo ha de ser estimado poniendo en relación las normas que se citan como infringidas con la citada doctrina jurisprudencial, que ha sido reiterada por esta Sala. Sentencias más recientes, como la de 25 de noviembre de 2016, que cita a su vez la de 20 de octubre del mismo año, insiste en la aplicación rigurosa y restrictiva que se ha de dar a la doctrina de la prescripción de acciones. Afirma que: «Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en

el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y si por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias». Alude al principio de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción y sostiene, con referencia a la sentencia núm. 544/2015, que: «El día inicial para el ejercicio de la acción es aquél en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* (SSTS de 27 de febrero 2004, 24 de mayo de 2010 y 12 de diciembre de 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción *disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar*». Esta aptitud plena para litigar, disponiendo de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para sostener la acción, no ha concurrido en los ahora recurrentes hasta tanto, con carácter definitivo la Administración ha dado una respuesta final y cierta a la cuestión referida a la identidad del posible responsable del suceso, la que lleva a concluir que las actuaciones judiciales anteriores al presente pleito se han producido en el vacío y que únicamente cuando la Administración precisó definitivamente el lugar de donde se entiende que procedía el animal causante del accidente «se ha podido ejercitar» la acción en los términos previstos en el artículo 1969 CC. Aun cuando nada se refleja en el «suplico» del escrito de oposición al recurso de casación –que se limita a solicitar la desestimación de dicho recurso– la parte recurrida argumentó sobre la inadmisibilidad del mismo por carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4. ° LEC) y por haber solicitado los recurrentes que, tras su estimación, se devuelvan las actuaciones a la Audiencia Provincial para que resuelva sobre las cuestiones de debate, una vez rechazada la prescripción.

Sobre la «carencia manifiesta de fundamento» nada hay que decir en tanto que los anteriores razonamientos nos han llevado a la estimación del recurso; y en lo que se refiere a la devolución de actuaciones a la Audiencia Provincial para que vuelva a dictar sentencia –una vez eliminada la prescripción– esta Sala no ha determinado, como afirma la parte recurrida –que ello solo deba suceder en los casos en que la prescripción se haya apreciado en ambas instancias, sino que ha atendido a la especialidad de cada caso para establecer la posibilidad y conveniencia de que, con ocasión del recurso extraordinario, se aborden los problemas propios de su resolución en las dos instancias precedentes o ello haya de hacerse por la propia Audiencia Provincial.

Como esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencias de 14 de septiembre de 2018 y 18 de diciembre de 2012, en los supuestos en que no se entró a conocer en la instancia sobre la pretensión formulada por considerar que la misma lo había sido extemporáneamente (por prescripción o por caducidad): Se ha acordado la remisión al Tribunal *a quo* para que dicte sentencia resolviendo sobre tales pretensiones. Cabe citar en este sentido la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de 29 de abril de 2009 la cual afirma que lo procedente es devolver las actuaciones al Tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas (...) en primer lugar, porque esta posibilidad de que haya de dictarse una segunda sentencia de apelación tras la estimación de un recurso de casación, y no de un recurso extraordinario por infracción procesal, no aparece excluida en el texto del artículo 487.2 LEC, que para los recursos de casación de los núms. 1.º y 2.º del apartado 2 de su artículo 477, se limita a disponer

que la sentencia del órgano de casación «confirmará o casará, en todo o en parte», la sentencia recurrida; y en segundo lugar, pero como razón principal, porque otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba.

Estimado el recurso, no procede la condena en costas causadas por el mismo (arts. 394 y 398 LEC), con devolución del depósito constituido. Se casa la SAP de 16 de diciembre de 2015, aclarada por auto de 14 enero 2016, dejándola sin efecto, con devolución de los autos y del rollo de la Sala, para que, desestimada la excepción de prescripción, dicte nueva sentencia pronunciándose sobre las pretensiones formuladas. No ha lugar a condena en costas por este recurso. **(STS de 14 de febrero de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

2. Daños continuados. Plazo de prescripción. Inicio del cómputo del plazo. Consecuencia de la desestimación de la acción por extemporaneidad.—La consideración de los daños como permanentes («que se mantienen en el tiempo») o continuados («que no solo se mantienen, sino que se van agravando en cuanto su causa productora no cesa»), no es una mera cuestión fáctica sino que alcanza efectos jurídicos en tanto que influye en la determinación del *dies a quo* para el comienzo del plazo de prescripción, siendo por otra parte incontestable que los daños que se producen por filtraciones desde un elemento superior continúan produciéndose y agravándose con el transcurso del tiempo hasta la subsanación de los defectos que dan lugar a los mismos; por lo que se podrán considerar como permanentes, pero también son continuados pues se agravan por las sucesivas filtraciones que se producen en cada momento en que cae agua de la terraza superior. La aplicación de lo dispuesto por el artículo 1969 CC da lugar a que la fijación del *dies a quo*, en el caso de daños continuados, haya de coincidir con la fecha en que los mismos cesan y, en consecuencia, cuando cabe cuantificar su alcance definitivo, pues es entonces (no antes) cuando la acción puede ejercitarse. Esta es la doctrina mantenida por la sala en las SSTs de 13 de octubre de 2015, 20 de octubre de 2015, 22 de octubre de 2012, 4 julio de 2016 y 25 enero de 2017. Todas ellas coinciden al señalar que en los casos de daños continuados o de producción sucesiva no se inicia el cómputo del plazo de prescripción hasta la consolidación del definitivo resultado. En el caso, se desprende de las actuaciones que fue en 2011 cuando se realizaron las reparaciones necesarias para evitar la reiteración del daño, por lo que el *dies a quo* ha de establecerse en ese momento y la acción no puede considerarse prescrita cuando se interpuso la demanda en el año 2014.

No obstante, aunque no fuera así, existe otra razón para considerar la inexistencia de la prescripción en el presente caso. El artículo 1969 CC establece que el comienzo del plazo de la prescripción coincide con el momento en que la acción «pudo ejercitarse», para lo que no basta el conocimiento del daño sino que es necesario, además, que se conozca la identidad del responsable del mismo a efectos de poder ejercer adecuadamente la acción, siendo así que en el caso presente el demandante dirigió en un primer momento la acción reclamatoria contra los propietarios de los pisos superiores los que, a su vez, demandaron a la comunidad; de modo que la responsabilidad de esta última solo fue judicialmente determinada cuando se dictó sentencia en el

anterior proceso, constando que la presente demanda se interpuso cuando aún no había transcurrido el plazo de prescripción desde ese momento.

Por otro lado, como esta sala tiene declarado, entre otras, en las SSTs de 14 de septiembre de 2018 y 18 diciembre de 2012, en los supuestos en que no se entró a conocer en la instancia sobre la pretensión formulada por considerar que la misma lo había sido extemporáneamente (por prescripción o por caducidad) se ha acordado la remisión al tribunal *a quo* para que dicte sentencia resolviendo sobre tales pretensiones. En la STS del Pleno de 29 de abril de 2009 se afirma que lo procedente es devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas. En primer lugar, porque esta posibilidad de que haya de dictarse una segunda sentencia de apelación tras la estimación de un recurso de casación, y no de un recurso extraordinario por infracción procesal, no aparece excluida en el texto del citado artículo 487.2 LEC, que para los recursos de casación de los números 1.º y 2.º del apartado 2 de su artículo 477 se limita a disponer que la sentencia del órgano de casación «confirmará o casará, en todo en parte, la sentencia recurrida»; y en segundo lugar, pero como razón principal, porque otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y esta sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba. **(STS de 20 de febrero de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Eulogio interpuso demanda de juicio ordinario contra la comunidad de propietarios del edificio X, solicitando que se dictara sentencia por la que: a) se declare la obligación de la demandada de reparar los daños ocasionados por filtraciones de agua desde elementos comunes del edificio, reconocidos en acta de la comunidad de propietarios y sentencias judiciales; b) se condene a la demandada al abono de la cantidad de 26.473,08 euros, en concepto de valor de reparación de los daños existentes en la vivienda propiedad del demandante; c) subsidiariamente, para el caso de que se estime que debe darse oportunidad de que se realicen las obras, se condene a la realización de las mismas según los informes presentados por el demandante; y d) se condene a la demandada al pago de las costas. Se opuso la parte demandada alegando la prescripción de la acción.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, tras rechazar la prescripción, estimó la demanda en su integridad y condenó a la parte demandada a satisfacer al demandante la cantidad de 26.473,08 euros así como al pago de las costas.

Recurrió en apelación la comunidad de propietarios demandada y la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia por la que estimó el recurso al apreciar que la acción estaba prescrita, absolviendo por ello a la demandada recurrente.

Contra dicha sentencia ha recurrido en casación el demandante. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. *(J. M.ª M. F.)*

3. Responsabilidad civil por daños: Interrupción de prescripción extintiva por envío de carta certificada carente de acuse de recibo.—La actora, Dña. Andrea, ejercitaba acción de reclamación de daños y perjuicios causados por la ocupación y destrozos causados en sus fincas, al amparo de los artículos 1902 y 1905 CC, frente a D. Casiano, por importe de 18.457,20 €. El demandado se opuso excepcionando la prescripción de la acción y, también, su falta de legitimación. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Grado, dictó sentencia el 22 de febrero de 2016, desestimando íntegramente la demanda, pues no otorgó efectos interruptivos a la última de las comunicaciones efectuadas, la practicada por carta certificada, fechada el 12 de diciembre de 2014, en cuanto no venía acompañada de su acuse de recibo. Recurrída en apelación, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó en parte la demanda, condenando al demandado a satisfacer a la actora la suma de 9.396,55 €, más intereses legales de la demanda. Rechazó la prescripción al estimar que la demandante acudió a un medio idóneo para que la comunicación llegase a conocimiento del demandado, como fue la remisión de carta certificada a su domicilio a través del Servicio Nacional de Correos, medio operativo cuya regularidad no hay razón alguna para poner en entredicho aunque falte el acuse de recibo, ya que este no es determinante para concluir que no tuvo lugar la recepción de la comunicación.

El demandado interpone recurso de casación por interés casacional al amparo del artículo 477.2. 3.ª LEC Se compone de un único motivo en el que se alega la infracción del artículo 1968.2 CC por interpretación errónea y la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en sentencias de 13 de octubre y 24 de diciembre de 1994, 9 de octubre de 2007, 28 de octubre de 2009 y 10 de enero de 2012. En su desarrollo se combate el criterio de la Audiencia Provincial al estimar interrumpida la prescripción de la acción de responsabilidad civil ejercitada ya que las cartas enviadas anualmente y que sirven de base a la sentencia recurrida para entender interrumpida la prescripción, además de no dejar constancia del contenido de las mismas, son recibidas por persona distinta a la del demandado, sin que en la última de ellas del año 2014, conste acuse de recibo alguno. De ahí que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina de esta Sala que dice que para que opere la interrupción de la prescripción es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada que debe trascender del propio titular del derecho y la voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor.

La parte recurrida formalizó, en plazo, escrito de oposición al recurso.

La Sala establece que la cuestión jurídica que viene a plantear la parte recurrente es, en tesis de doctrina, la idoneidad del correo certificado sin adveración de texto y sin acuse de recibo para acreditar que la reclamación extrajudicial cumple los requisitos que la jurisprudencia exige para interrumpir la prescripción.

A efectos de admisibilidad del recurso, el hecho de que la interrupción del instituto de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión eminentemente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de la instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicable (STS de 29 de febrero de 2012). Ahora bien, cuando se trata de interrupción de la prescripción también tiene declarado la Sala, STS de 8 de abril de 2010, que es una cuestión de hecho, cuya apreciación compete a la sala de instancia (SSTS de 29 de junio de 1964, 31 de mayo

de 1965, 11 de febrero de 1966, 30 de diciembre de 1967, 2 de junio de 1987, 14 de mayo de 1996, 29 de octubre de 2001 y 28 de octubre de 2003). De ahí que se torne en fundamental indagar en qué aspecto incide la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, para apreciar si desconoce el aspecto jurídico jurisprudencial que justificaría el interés casacional, o solo se contrae a la cuestión de hecho. Tiene sentado la Sala (STS de 10 de enero de 2011) que: «Para que opere la interrupción de la prescripción, es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende hacer valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no solo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (SSTS de 13 de octubre de 1994, 27 de septiembre de 2005, 12 de noviembre de 2007 y 6 de mayo de 2010), y su acreditación es carga de quien la alega». Esta doctrina no la desconoce la recurrida por cuanto comienza, al enjuiciar la cuestión, por la cita precisa de ella. Lo que sucede es que, al abordar el aspecto fáctico de la doctrina, entiende acreditado que se han cumplido tales exigencias. En estos términos no cabría la admisibilidad del recurso.

No obstante, y dado que provisoriamente se ha admitido, vamos a ofrecer respuesta al mismo en aras a una mejor tutela efectiva de los derechos de la parte recurrente.

La STS de 24 de febrero de 2015, que cita la sentencia recurrida, afirma que: «La Sala, en su labor unificadora de criterios judiciales, ha precisado, entre otros pronunciamientos sobre la materia, que la interrupción de la prescripción extintiva por la vía de la reclamación extrajudicial, supone una singularidad en nuestro derecho en relación al Derecho comparado. Es más, nuestro Código Civil, en el mencionado artículo 1973, no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin; es por lo que siguiendo una importante corriente doctrinal, se puede afirmar que esta cuestión puede plantear un problema de prueba –de la existencia de la reclamación y de su fecha–, pero no un problema de forma. Y en este sentido se explicita la STS de 6 de diciembre de 1968». Por consiguiente, si la interrupción de la prescripción no está sujeta a forma, la *ratio decidendi* se limita a una cuestión de prueba de la remisión y de la recepción del requerimiento de pago; por lo que no cabe renunciar de plano a otorgar valor probatorio a un justificante emitido por una oficina de Correos, en el que se acredita la remisión de una carta certificada, sino que habrá de estar a la valoración de otras pruebas aportadas a los autos que concedan verosimilitud al contenido de la carta y a su recepción. De ahí que la STS de 2 de noviembre de 2005, afirme que «el intercambio de correspondencia por cartas es suficiente para fundamentar una interrupción extraprocesal del plazo de prescripción (SSTS de 16 de marzo de 1961, 22 de septiembre de 1984, 12 de julio de 1990, 21 de noviembre de 1997 y 21 de marzo de 2000)».

La sentencia recurrida reconoce que Dña. Andrea es dueña de una serie de fincas ubicadas en Grado, en determinado lugar, y en abril de 2003 promovió juicio frente a D. Casiano interesando la protección sumaria de la posesión, pretensión que fue rechazada por sentencia de 12 de junio de 2003 al ser el demandado y no la actora quien efectivamente ejercía la posesión. A dicho proceso siguió otro en 2004, entre iguales partes, instado por Dña.

Andrea, en el que la actora interesaba la declaración de la ocupación sin título por el demandado de las fincas de su propiedad y su condena a su devolución y reintegro. Dicho proceso fue suspendido en razón de querrela formulada por el demandado, que dio lugar a diligencias previas del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Oviedo, sobreseídas por auto de 2007, confirmado por otro de la Audiencia Provincial de 2007, reanudándose el proceso civil, que concluyó por sentencia de 2010, confirmada por la Audiencia Provincial, que declaraba la ocupación de las fincas propiedad de la accionante, por el demandado, sin que a éste le asistiera título o derecho alguno justificativo de ese proceder, y, más en concreto, la invocada relación arrendaticia que pretendía constituida entre la parte y el que transmitiera las fincas a la accionante. A ese pronunciamiento siguió denuncia formulada por Dña. Andrea frente a D. Casiano con fecha 2 agosto 2010 imputándole la ocupación de sus fincas con ganado, dando lugar a las diligencias previas 481/2010 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Grado, a las que se incorporó inspección ocular practicada por la Guardia civil, que el 13 de octubre de 2010 constató la presencia de tres reses de ganado cuyos crotales aparecían registrados a nombre de la madre de Don Casiano. No obstante lo cual, se sobreseyó el proceso por auto de 12 de diciembre de 2010 y a eso siguieron un burofax y tres cartas certificadas remitidas por la propiedad del terreno a D. Casiano, reclamándole los daños derivados de la ocupación y explotación de sus fincas en los meses de diciembre de los años 2011, 2012, 2013 y 2014.

La sentencia de primera instancia, no contradicha por la de la Audiencia Provincial, que es la recurrida, afirma que: «Por lo que respecta a las reclamaciones extrajudiciales efectuadas por la demandante, a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción de un año, consta un burofax de 30 de diciembre de 2011, que si bien fue entregado a Dña. Penélope, el propio demandado reconoce su existencia y el conocimiento de su contenido. Posteriormente se remite carta certificada el 21 de diciembre de 2012, constando recibida la misma por Casiano el 28 de diciembre de 2012, y en fecha 17 de diciembre de 2013 se remite otra carta certificada, que es recepcionada por Rebeca en 19 de diciembre de 2013. Respecto de estas dos reclamaciones, de la prueba documental aportada con la demanda resulta que la actora remitió sendas cartas certificadas con acuse de recibo, las cuales fueron remitidas en las fechas selladas en Correos, como resulta del acuse y no consta devolución del envío, habiendo sido dichas comunicaciones efectivamente recibidas en ese domicilio indicado porque aparece un receptor de la misma que firma en el acuse, receptor que, en el caso de Dña. Rebeca, acepta una comunicación dirigida al hoy demandado». Todo se reduce, pues, a la carta remitida en fecha 12 de diciembre de 2014, al no existir recibo que justifique la entrega de la misma en el domicilio del demandado ni la recepción de dicha comunicación».

Si se está a todas las circunstancias que rodean el supuesto litigioso no puede calificarse de ilógica o absurda la inferencia de la sentencia recurrida cuando afirma que «la recurrente acudió a un medio idóneo para que la comunicación llegase a conocimiento del demandado, cuál fue la remisión de carta certificada a su domicilio a través del Servicio Nacional de Correos, medio operativo cuya regularidad no hay razón para poner en entredicho y respecto de lo que el documento del acuse de recibo que por la sentencia recurrida se echa en falta solo haría redundar en aquello, pero sin ser determinante para, ante su falta de incorporación, concluir que no aconteció la recepción de la comunicación»... Como afirma la parte recurrida «dichas

cartas fueron enviadas y dirigidas todas al demandado D. Casiano y todas ellas a la misma dirección de Oviedo, habiendo admitido el demandado la recepción de todas, excepto la de fecha 12 diciembre 2014». «En el certificado expedido por la Oficina de Correos, de la última carta de 12 de diciembre de 2014, consta el justificante del envío que se describe y la Oficina de admisión también descrita en Oviedo, con un importe del envío de 3,63 €, sin que dicha carta haya sido devuelta a su remitente por falta de entrega. En dicho certificado consta que se remite al recurrente y a dicha dirección. En el escrito de contestación a la demanda en su encabezamiento el propio demandado sigue señalando como domicilio el mismo de Oviedo». De tales hechos se infiere el envío de la carta y su recepción, y si se está a los antecedentes litigiosos entre las partes y a lo reclamado en las comunicaciones precedentes, no resulta difícil inferir el contenido del escrito de la carta cuestionada. Por todo ello el recurso ha de desestimarse, confirmando la sentencia recurrida. **(STS de 5 de febrero de 2019; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Acierto indudable del fallo es evocar la importante doctrina civilista que también propugna un criterio amplio para admitir la interrupción extrajudicial de la prescripción extintiva. Baste mencionar: DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 10 ed. Tecnos, Madrid, 2001, pp. 437 ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I-3 (a cargo de Delgado), Madrid 2005, pp. 346 ss.; DE PABLO CONTRERAS, en *Curso de Derecho civil* (a cargo de Martínez de Aguirre), 3.ª ed., Madrid 2008, pp. 305-307. Esta doctrina sugiere su aplicación a las obligaciones mercantiles, e incluso en el ámbito civil, a la interrupción por carta con la carga de la prueba de su fecha. En el presente caso la Sala ha desmenuzado cuidadosa y acertadamente los hechos con la finalidad de facilitar y comprender mejor esa progresiva doctrina. Plenamente de aceptar. (G. G. C.)

4. Acciones cambiarias. Interrupción de la prescripción. Doctrina jurisprudencial: aplicación de las normas del Código civil. La caducidad de la instancia no impide el efecto interruptivo que tiene la presentación de la demanda.—La Ley Cambiaria y del Cheque establece en su artículo 89 que serán causa de interrupción de la prescripción las establecidas en el artículo 1973 CC. Es decir, abandona el sistema anterior del Código de Comercio para acoger el sistema general de la prescripción civil y su plasmación, en cuanto a interrupción de la prescripción, en el mencionado artículo 1973. En consecuencia, el artículo 44 CCo no es aplicable al caso, precisamente, porque con base en el cambio operado a través de la Ley Cambiaria y del Cheque, la jurisprudencia ha propugnado una interpretación unitaria de la interrupción de la prescripción en el ámbito civil y mercantil, que da preferencia a la aplicación de la norma del Código civil sobre la del Código de comercio, basada en los siguientes argumentos: a) La reclamación extrajudicial fue introducida *ex novo* por el Código civil (que es cronológicamente posterior al Código de comercio); b) La infracción del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE, que se produciría en otro caso, si se tratara peor al acreedor mercantil que al acreedor civil, cuando ambos se encuentran en la misma situación; c) No se aprecia razón de especialidad por la que deba prevalecer el principio de que la ley especial deroga a la general; y d) La previsión del

mencionado artículo 89 LCCh supone una decidida apuesta en favor de la estimación unitaria de la institución (SSTS de 4 de diciembre de 1995; 31 de diciembre de 1998; 8 de marzo de 2006 y 8 de abril de 2010). Por ello, el artículo 944 CCom, que prevé que la prescripción no se interrumpa si se produjo la caducidad de la instancia, no es aplicable al supuesto; y sí lo es el artículo 1973 CC, el cual dota de eficacia interruptiva de la prescripción a la reclamación judicial, pese a que pudiera concurrir la indicada caducidad. (STS de 7 de febrero de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La actora era tenedora de un pagaré firmado por el demandado, con vencimiento a un año. Presentado al cobro, resultó impagado, ante lo cual la tenedora formuló demanda de juicio cambiario contra el librador. Dicho juicio terminó por caducidad de la instancia, que fue notificada a la demandante en septiembre de 2011. En noviembre del año siguiente la tenedora interpuso una demanda de juicio ordinario contra el indicado firmante y, previa oposición del demandado, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la pretensión. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Las Palmas acogió el recurso de apelación planteado por el demandado, al considerar que la acción cambiaria estaba prescrita por aplicación de los arts. 89 LCCh y 944 CCo, desestimando con ello la demanda principal. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la actora. (L. A. G. D.)

DERECHO DE LA PERSONA

5. Derecho al honor vs. libertad de información.—El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor se resuelve acudiendo a un juicio de proporcionalidad en cuanto a la difusión de las opiniones o de las expresiones, prohibiéndose el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la idea crítica o la noticia. Por su parte, en el conflicto contra la libertad de información prevalecerá esta última siempre que lo transmitido sea esencialmente veraz. La veracidad no equivale a una exactitud total, sino que se corresponde con el deber del informador de contrastar previamente la noticia mediante fuentes objetivas, fiables, identificables y susceptibles de contraste, que aporten datos conducentes a que el informador alcance conclusiones semejantes a las que podría alcanzar cualquier lector o espectador medio a partir de los mismos datos, y todo ello al margen de la forma elegida para su comunicación y sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. Y ello aunque la información con el transcurso del tiempo pueda ser desmentida o no resultar confirmada. Faltará esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones.

El deber de veracidad ha sido matizado en los casos de reportaje neutral. Para que así sea, el objeto de la noticia debe estar constituido por declaracio-

nes ajenas que imputen hechos lesivos para el honor que sean noticia por sí mismas, esto es, las declaraciones han de ponerse en boca de personas determinadas, responsables de ellas, y el medio informativo debe ser mero transmisor de las mismas, limitándose a narrarlas. Si reelabora la noticia, no hay entonces reportaje neutral. Concurriendo ambos requisitos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración.

Por otro lado, según el artículo 9.3 LO 1/1982, se presumirá siempre la existencia de perjuicio cuando se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias concretas del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida. El Tribunal Supremo tiene dicho que el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para cuantificar su indemnización. Además, también ha señalado que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico. **(STS de 19 de diciembre de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una cadena de televisión emitió en horario de máxima audiencia un programa producido por CMPA, que consistió en una serie de reportajes cuya finalidad era denunciar posibles prácticas fraudulentas en el ejercicio profesional. Dichos reportajes fueron elaborados mediante la técnica de la cámara oculta. En ellos se acusaba de intrusismo profesional a los demandantes no solo por ejercer la medicina en el sector de la cirugía estética sin estar en posesión del título de esta especialidad, sino, además, por presentarse de forma engañosa ante sus pacientes como profesionales con el título de especialista en esta rama de la medicina. Los demandantes, reputados profesionales de la medicina estética y miembros de distintas sociedades médicas, interpusieron demanda porque se les imputaba ser intrusos, fraudulentos y negligentes. Solicitaban que se declarase la existencia de tales intromisiones ilegítimas en su honor e intimidad, y se condenara a la demandada a indemnizarles en 90.000 € y a cesar en la intromisión.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando la existencia de intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad de los demandantes y condenó a la demandada a indemnizarles en 30.000 €, así como a cesar en dichas intromisiones. Señaló el Juez que el reportaje se limitaba a denunciar el intrusismo de los demandantes y quiso trasladar a la opinión pública el hecho de que existían doctores en medicina general que se presentaban como cirujanos estéticos. La demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, revocando la sentencia apelada para descartar la intromisión ilegítima en la intimidad y limitar la indemnización por los daños morales derivados de la intromisión ilegítima en el honor en la cantidad de 24.000 €. La demandada interpuso recurso de casación, alegando: 1) la infracción del artículo 20.1.d) CE, en relación con el artículo 18 CE y los artículos 2.1 y 7.7 LO 1/1982, cuestionando el juicio de ponderación de la Audiencia Provincial; 2) la doctrina del reportaje neutral.

El Alto Tribunal comienza afirmando que la información cuestionada pertenecía al género del reportaje-denuncia, en el que, a los elementos informativos, predominantes, se unían opi-

niones y juicios de valor que resaltaban la línea de denuncia trazada por los responsables del programa. En primer lugar, se centra en determinar si los informadores agotaron el deber de diligencia exigible conforme a los datos que tenían a su disposición antes de hacer tan graves imputaciones. A la hora de resolver, el Tribunal Supremo tiene en cuenta un hecho declarado probado: durante la grabación con cámara oculta uno de los demandantes dejó claro que solamente se dedicaban a la estética, no a la cirugía reparadora, que el equipo lo formaban tres médicos, dos de los cuales (los demandantes) eran licenciados en medicina y cirugía y el tercero cirujano plástico, y que luego ellos dos se formaron en medicina y cirugía estética. Por tanto, no puede aceptarse que se presentaran ante los pacientes como poseedores de una titulación de la que carecían. En este contexto, la información ofrecida no podía reputarse veraz, pues se afirmó sin ambages, de forma inequívoca, que los demandantes eran impostores, intrusos profesionales y se les presentó ante la opinión pública junto con personas cuyas características no eran en absoluto equiparables (ej.: una esteticista que realizaba actos médicos en una peluquería sin título habilitante para el desempeño de ninguna profesión sanitaria). Tales imputaciones se hicieron sin agotar la diligencia mínimamente exigible al informador. En segundo lugar, el Tribunal Supremo entiende que la información no puede considerarse un reportaje neutral, pues la presentadora no se limitó a transmitir objetivamente lo dicho por otro, sino que hizo suya la versión de la paciente, como si fuera la única cierta, y la asumió como propia, faltando a partir de ese momento una transmisión neutral e imparcial de lo dicho por otro. El hecho de que la presentadora acudiera al uso recurrente de la expresión «presunto» antes de la imputación de intrusismo debe considerarse un recurso estereotipado que, en absoluto, priva de intensidad ofensiva a la información. En definitiva, a pesar del importante valor de los reportajes-denuncia para el interés general y la formación de la opinión pública, tampoco puede minusvalorarse su potencial lesivo para los derechos fundamentales cuando se opta por una línea sensacionalista y tendenciosa que dejaba prácticamente indefensos a los demandantes, dos médicos perfectamente identificables. Finalmente, el Alto Tribunal confirma la condena indemnizatoria en la cantidad fijada por la Audiencia Provincial.

NOTA.—Sobre las libertades de expresión e información en reportajes de cámara oculta, *vid.* también la STS de 23 de noviembre de 2017. En relación con el juicio de veracidad a realizar en estos casos, *vid.* las SSTS de 1 de octubre de 2015, 17 de enero de 2017 y 18 de julio de 2018. Y sobre la aplicación de ese juicio de veracidad en los casos de reportaje neutral, *vid.* las SSTS de 9 de enero de 2018, 10 de octubre y 7 de junio de 2016. También ha señalado el Alto Tribunal que el uso del adverbio «presuntamente» no sirve para excluir la ilegitimidad de la intromisión al honor, en su sentencia de 8 de mayo de 2015. (*S. L. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Condiciones generales de la contratación: Control de incorporación.—El 27 de diciembre de 2010, D. Juan Miguel y Dña. Aurora, como prestatarios, casados en régimen navarro de conquistas y la Caja Laboral Popular S. C. C., como prestamista, suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 178.885 €, con un tipo de interés variable del Euribor más 2,25%. Además, se incluyó un párrafo, al final de la cláusula tercera, del siguiente tenor: «No obstante lo expuesto, durante la vida de esta operación en la que se aplique el tipo de interés variable, el tipo de interés anual resultante final tendrá un límite mínimo de modo que no podrá ser inferior al tipo nominal de tres enteros y setenta y cinco centésimas de entero por ciento anual. Estos límites máximo y mínimo no afectarán en ningún caso al tipo de interés fijo establecido para el plazo inicial de esta operación que será el indicado en esta cláusula» (la mayúscula y la negrita figuran tal cual en escritura pública). La finalidad del préstamo fue la financiación de la compra de un local comercial para la instalación de un negocio de peluquería.

Las personas mencionadas interpusieron una demanda contra Caja Laboral, en la que solicitaron que se declarase la nulidad de la mencionada cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y se ordenara la restitución de las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pamplona, en sentencia 15 de julio de 2015, estimó parcialmente la demanda interpuesta por D. Juan Miguel y Dña. Aurora, declarando la nulidad de dicha cláusula cuyos efectos de la no incorporación se retrotraen al 9 de mayo de 2013. Condenó a la Caja Laboral a recalcular las cuotas satisfechas desde esa fecha aplicando, sin suelo, el tipo de interés pactado, restituyendo el exceso cobrado; abonar a los actores sobre el exceso cobrado en cada cuota, intereses al tipo legal de dinero, e incrementando el tipo en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago; declaró nula la cláusula sexta en la parte en que establece un interés de demora igual al resultado de sumar un extratipo del 18% nominal anual al interés retributivo vigente el día de vencimiento de cada cuota no satisfecha, atendido que el interés de demora en su caso aplicable será igual a tres veces el interés legal del dinero vigente en cada momento.

La sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra desestimó el recurso de apelación por sentencia de 28 de junio de 2016.

La Caja Laboral interpone recurso por infracción procesal con base en que la sentencia declara la nulidad de la cláusula litigiosa por una causa distinta de la que se pedía en la demanda, ya que en ésta nunca se mantuvo que la misma no superase el control de incorporación, incurriendo en incongruencia. Se desestima porque la Caja Laboral rebatió en su recurso de apelación que la cláusula litigiosa no superara el control de incorporación, pero no denunció una supuesta incongruencia. En efecto, el artículo 469.2 LEC establece el requisito inexcusable o carga impuesta a las partes que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que de no hacerlo así pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso extraordinario. Su inobservancia excluye la indefensión, en cuanto la estimación de ésta exige que la parte no se haya situado en ella por su propia actuación (por todas véase STS de 14 de octubre de 2010 que menciona la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional).

Doctrina jurisprudencial sobre control de inclusión o de incorporación.—El único motivo de casación denuncia la infracción de los artículos 5 y 7 de la LCGC, se argumenta, resumidamente, que la cláusula controvertida es clara y de comprensión sencilla y fue leída por el Notario autorizante de la escritura pública, por lo que supera sobradamente el control de inclusión. Aduce que la sentencia recurrida interpreta incorrectamente las sentencias de esta Sala de 9 de mayo de 2013, 24 de marzo y 29 de abril de 2015.

Como declaran, entre otras, la STS de 28 de mayo de 2018, el control de inclusión o incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con una mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato. La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en los dos preceptos cuya infracción denuncia la entidad recurrente: en el artículo 5 para establecer los requisitos de incorporación, y en el artículo 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

Conforme al artículo 5, en lo que ahora importa: a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el oferente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes; b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas; c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas; d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del artículo 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que: a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera necesario conforme al artículo 5; b) Sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubiesen sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenida en el contrato.

En la práctica, se aplica en primer lugar el filtro negativo del artículo 7 LCGC, y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los artículos 5.5 y 7 e la misma Ley; la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados —el del art. 7— consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración del contrato. El segundo filtro de incorporación, previsto en los artículos 5 y 7 LCGC hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula. En suma, para superar el control de incorporación, previsto en los artículos 5 y 7 LCGC, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

Si nos atenemos a los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, que han de ser respetados en casación, la cláusula litigiosa no cumple los umbrales a que hemos hecho referencia y, por ello, no supera el control de incorporación, porque los adherentes no tuvieron la posibilidad de conocer siquiera la propia existencia de la cláusula litigiosa en el momento de prestar su consentimiento contractual.

En cuanto a los efectos de la declaración de no incorporación, que también se discuten en el motivo, se hace el planteamiento de una manera irregular, puesto que dicha alegación debería haberse articulado mediante un motivo de casación específico. Ello sería suficiente para la desestimación de esta alegación, ya que ni siquiera se citan como infringidos los artículos 9 y 10 LCGC, que son los aplicables.

En todo caso, de los artículos 9.2 y 10.1 LGCG se desprende inequívocamente que cuando una condición general de la contratación no supera el control de inclusión, debe declararse su nulidad, con la consecuencia de que se restituyan sus efectos desde que se aplicó, conforme al artículo 1303 CC.

Por las razones expuestas, el recurso de casación debe ser desestimado. (STS de 25 de enero de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

NOTA.—Idéntica doctrina y ponente se expone en STS de 28 de mayo de 2018 (extractada por DÍAZ DE LEZCANO en ADC, julio-septiembre 2019, p. 997) por lo cual puede considerarse ya doctrina consolidada en la jurisprudencia. (G. G. C.)

7. Cláusula *rebus sic stantibus* y crisis económica: supuestos en que no es aplicable.—La jurisprudencia ha descartado su aplicación cuando, en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, fuera improcedente revisar o resolver el contrato: a) así, cuando la crisis financiera sea un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable (STS 742/2014, de 11 de diciembre); b) también, el carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula *rebus sic stantibus* a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate (STS 64/2015, de 24 de febrero); c) además, la STS 237/2015, de 30 de abril, establece que aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla *rebus sic stantibus* en favor del comprador afectado por la crisis económica, previene no obstante contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas del comprador. (STS de 15 de enero de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 16 de abril de 1999 una sociedad hotelera celebró con una entidad mercantil, dedicada a la promoción y construcción inmobiliaria, un contrato por el que esta última se comprometía a construir (en algo más de 2 años), en un solar de su propiedad, un edificio que arrendaría a la primera durante 18 años para su explotación como hotel. En el contrato se estipulaba, entre otras cláusulas, un sistema complejo de renta y que antes de finalizar el año décimo segundo la arrendataria podría dar por finalizado el

arrendamiento, en cuyo caso, tendría que indemnizar a la propiedad con la renta de tres años. El 1 de diciembre de 2002, finalizada la construcción del hotel, las partes modificaron parcialmente el arrendamiento, sobre todo en cuanto a la renta y a la duración del contrato, para preservar el equilibrio contractual entre las partes. El 5 de septiembre de 2012 la entidad hotelera demandó a la inmobiliaria, en lo sustancial, para resolver el contrato de arrendamiento y, subsidiariamente, la reducción de la renta, dado que la crisis económica mundial lo había hecho inviable. Su pretensión no prosperó, ni en primera ni en segunda instancia, y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (I. D.–L.)

8. Cláusula penal. Moderación de la pena: no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 CC si el incumplimiento producido es aquel que precisamente se había pactado en la cláusula penal.—El mandato del artículo 1154 CC está condicionado a la concurrencia del supuesto en él previsto, esto es, a que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; por lo que: «en los demás casos la jurisprudencia, respetando la potencialidad creadora de los contratantes –artículo 1255 CC– y el efecto vinculante de la *lex privata* –artículo 1091 CC: *pacta sunt servanda* rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento– total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación que se hubiera producido. La sentencia 585/2006, de 14 de junio, recordó que es doctrina constante de esta Sala que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del CC si se produce exactamente la infracción prevista; o por decirlo con otras palabras, que la moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del repetido artículo no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido (STS de 11 de diciembre de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Las partes suscribieron un contrato de arrendamiento de naves industriales con una cláusula penal en la que se pactó unas penas para los supuestos de incumplimiento de la obligación de pago, y para el caso en el que, finalizado el contrato, no se devolviera la nave o no se restituyera en las mismas condiciones en las que fue entregada. A lo largo del pleito quedó acreditado que el arrendador necesitó un año para la realización de las obras de reparación de las naves industriales una vez devueltas. Por este concepto, la cláusula penal preveía un pago de 3000 euros por cada día que se tarde en acondicionar el inmueble al estado originario. En aplicación de la pena, el Juzgado de Primera Instancia la moderó, al considerarla abusiva, desorbitada y desproporcionada, sustituyéndola por el pago de 393.185,28 euros (una anualidad de renta) en indemnización del lucro cesante causado. La Audiencia Provin-

cial suprimió esta partida y no condenó por este concepto. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y aplicó la pena pactada.

NOTA.—Es doctrina consolidada que la facultad moderatoria del artículo 1154 CC queda condicionada a la concurrencia del supuesto previsto en el precepto, esto es, que la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Pero no cabe dicha moderación de la pena cuando la misma hubiera sido prevista para sancionar, específicamente, el incumplimiento producido. En el Código civil no se contempla, como en otros textos normativos (art. 1152 CC francés; art. 1384 CC italiano; art. 812 CC portugués; art. 9:509 PECL; art. III-3:710 DCFR; art. 1150 de la PMOC y el art. 519-13 de la Propuesta de la de la APDC), la moderación de la cláusula penal manifiestamente excesiva o desproporcionada en relación con los perjuicios reales. Por lo que, faltando una regla específica de moderación de la cláusula penal excesiva, la posibilidad de control de este tipo de cláusulas se asienta en otros remedios contractuales distintos al artículo 1154 CC. En este sentido, la STS de 13 de septiembre de 2016, y las posteriores de 25 de enero y 24 de febrero de 2017, fundamenta, la reducción judicial de las penas excesivas, en los límites a la autonomía de la voluntad. De este manera, en consecuencia con las limitaciones del artículo 1255 CC, estableció que pueden ser consideradas contrarias a la moral o al orden público: a) las cláusulas penales «opresivas», intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado, b) las «usurarias», aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; y c) aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. La carga de alegar y de probar (si no es evidente) que la penalidad es extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada. (C. O. M.)

9. Concurso de acreedores. Crédito con garantía real: eficacia.—La constitución de garantías reales para asegurar la efectividad de un derecho de crédito confiere a su titular un refuerzo de su posición, tanto al permitirle, ante su insatisfacción, promover el procedimiento de realización de valor legalmente previsto (*ius distrahendi*), como al otorgarle un privilegio, aunque no absoluto, en tanto que existen otros acreedores privilegiados, para el cobro con lo obtenido en dicha realización forzosa.

Crédito con garantía real: alcance.—La realización del bien hipotecado, que garantiza el crédito con privilegio especial (art. 90. 1.º LC.), supondrá el pago de dicho crédito (art. 155.1 LC) y dará lugar a la cancelación de la carga. Crédito que no abarca solo el principal, sino también los intereses devengados y cubiertos por la garantía, como se desprende tanto de los preceptos de la Ley Concursal, como del artículo 692 LEC, supletoriamente aplicable por mor de la disposición final quinta Ley Concursal, que establece que el precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al acreedor su crédito, intereses devenga-

dos y costas causadas y el resto se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados, sobre el bien hipotecado.

Crédito con garantía real: devengo de intereses cubiertos.—El artículo 90 LC no establece expresamente que esos intereses tengan el carácter de crédito con privilegio especial, pero porque es innecesario, una vez que el privilegio abarca la totalidad del crédito garantizado, conforme a lo expresado en el título. Además, conforme a esta regulación, los intereses devengados por el crédito hipotecario serán privilegiados con privilegio especial, con independencia de su fecha de devengo, anterior o posterior a la declaración del concurso, si están cubiertos por el valor de realización del bien que sirve de garantía.

Crédito con garantía real: devengo de intereses no cubiertos.—Si el valor de realización no cubre los intereses, debe entenderse que los devengados con anterioridad a la declaración de concurso son subordinados (art. 92. 3.º LC), mientras que los posteriores no pueden ser reclamados, por exceder de la garantía.

Crédito con garantía real: deber de comunicación del crédito.—El acreedor hipotecario no está exonerado de su deber de comunicación del crédito, como se desprende inequívocamente del tenor literal del artículo 85.3 LC. En consecuencia, si la comunicación del crédito por parte del acreedor fue errónea o incompleta, una vez precluidos los momentos procesales hábiles para instar la modificación de la lista de acreedores, no puede pretenderse una alteración de la cantidad reconocida en la lista definitiva. Esto es, si cuando se realizó la comunicación de créditos todavía no se había alcanzado el límite garantizado, debería haberse comunicado la cantidad devengada hasta esa fecha como crédito con privilegio especial y la parte todavía no devengada como crédito contingente sin cuantía propia (hasta que se cumpliera la contingencia) y con la calificación de privilegio especial. (STS de 20 de febrero de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad B. P. E. interpuso demanda de incidente concursal contra la administración concursal de G. e H. S. L., en la que solicitaba la entrega de cierta cantidad de dinero correspondiente a los intereses de demora de dos préstamos hipotecarios y devengados hasta la fecha de declaración del concurso y que estaban dentro del límite de la cobertura hipotecaria. Los administradores concursales se oponen a dicha pretensión y solicitan el archivo de la demanda. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Huesca (Mercantil) desestimó la demanda interpuesta contra la concursada y contra la administración concursal, por considerar que el crédito por intereses moratorios no estaba reconocido en la lista de acreedores, sin que entidad demandante hubiere formulado impugnación alguna, con expresa condena al pago de las costas a la actora. Recurrida en apelación por la representación procesal de B. P. E., la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Huesca, desestimó el recurso al no ser posible la modificación de los textos definitivos, condenando al apelante al pago de las costas causadas en la alzada, así como a la pérdida del depósito constituido para recurrir. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

10. Concurso de acreedores. Créditos por alimentos: distinción según devengo.—Hay que distinguir entre el crédito por alimentos a favor de los hijos devengado antes de la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos y los créditos que por tal concepto se vayan a devengar con posterioridad a la solicitud. El acuerdo extrajudicial de pagos solo puede afectar a los créditos anteriores a su solicitud, incluidos también los de alimentos ya devengados, pero no a los posteriores. La Ley Concursal no excluye a los acreedores de créditos por alimentos, solo excluye del acuerdo extrajudicial de pagos a los créditos con garantía real, hasta el valor de la garantía, y salvo que hubieran votado a favor y a los créditos de derecho público, sin perjuicio de que se alcance su aplazamiento por el cauce administrativo correspondiente. El resto de los créditos anteriores a la solicitud, entre los que se encuentran los créditos por alimentos, en principio, se verán afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos.

Créditos por alimentos: alcance.—No cabe en sede concursal modificar el contenido de la obligación de pago de alimentos, esto es, el acuerdo extrajudicial de pagos no puede reducir el importe de la obligación futura de alimentos, además, los créditos por alimentos contra el deudor común devengados con posterioridad a la solicitud no se ven en ningún caso afectados por un acuerdo extrajudicial de pagos, serán exigibles y deberán abonarse por el deudor sin ninguna limitación. Y, en caso de declararse el concurso consecutivo, si todavía no se hubieran satisfecho, tendrían la consideración de créditos contra la masa, en aplicación de la regla 3.^a del artículo 242 bis.2 LC.

Créditos por alimentos: clasificación del crédito.—Al regular los créditos contra la masa, el artículo 84.2. 4.º LC atribuye esta condición a los de alimentos con cargo al concursado acordados judicialmente en un procedimiento de familia con posterioridad a la declaración de concurso, y, en el caso en que tuvieran su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad, a los devengados con posterioridad a la declaración del concurso. A *sensu contrario* y en consonancia con el artículo 49 LC, los créditos por alimentos devengados con anterioridad a la declaración de concurso son créditos concursales ordinarios, salvo la parte que, conforme al artículo 47.2 LC, el juez del concurso haya determinado que se satisfaga con cargo a la masa.

Créditos por alimentos: exclusión como créditos subordinados.—El artículo 92. 5.º LC, cuando enumera los créditos concursales que merecen ser clasificados como subordinados, se refiere a los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor (por ejemplo, los hijos o familiares próximos), pero apostilla a continuación que se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario. Y, en cuanto créditos concursales ordinarios se verán afectados, en su caso, por el convenio, al no existir ninguna regla especial que los excluya.

Créditos por alimentos: exoneración del pasivo insatisfecho.—La Ley Concursal, al regular en el artículo 178 bis LC la exoneración del pasivo insatisfecho, a la que se podría llegar en caso de frustrarse la consecución o el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos y se abriera el concurso consecutivo, presupone que pueda haber créditos concursales por alimentos, cuando en su apartado 5.1.º dispone la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

Créditos por alimentos: potestad judicial.—En el concurso de acreedores, el artículo 47.2 LC otorga un instrumento al juez para, en su caso, evitar que la aplicación de las reglas concursales pueda amparar abusos o situaciones objetivamente injustas. El juez podrá determinar qué parte de los créditos por alimentos deberían necesariamente ser abonados con cargo a la masa y, por lo tanto, preservarla de los efectos novatorios del convenio. Aunque este precepto se prevé para el concurso de acreedores, no existe inconveniente en que el juez encargado de aprobar el acuerdo extrajudicial de pagos pueda, para evitar un eventual abuso, excluir una parte del crédito por los alimentos del convenio para que fuera pagado con cargo a la masa.

Créditos por alimentos: alcance del acuerdo extrajudicial de pagos.—El acuerdo de extrajudicial de pagos en ningún caso puede modificar el contenido de la obligación de pago de alimentos fijada judicialmente en un procedimiento de familia. Y las eventuales quitas y esperas incluidas en un acuerdo extrajudicial de pagos no afectarán a los créditos por alimentos devengados con posterioridad a la solicitud, pero sí a los devengados antes, salvo que el juez disponga que una parte de estos créditos sean pagados contra la masa. (STS de 13 de febrero de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de Dña. E. interpuso demanda incidental de impugnación de acuerdo extrajudicial de pagos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño, contra D. L. solicitando se declare concurrir las causas de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos consistente en la falta de las mayorías exigidas para su adopción, y en la desproporción de la quita y espera aceptadas. Así como que se anule el acuerdo extrajudicial y se proceda a la declaración de concurso consecutivo de la codemandada. La representación de D. L., se opuso a la demanda y solicitó del juzgado su desestimación. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño desestimó la demanda. Recurrida en apelación por la representación procesal de Dña. E., la Audiencia Provincial de La Rioja, estimó el recurso, revocando la sentencia apelada y en su lugar acordó la anulación del acuerdo extrajudicial de pagos impugnado y la sustanciación del concurso consecutivo del deudor D. L. ya que el acuerdo no podía alterar el importe de las pensiones de alimentos acordadas por el juzgado de familia, pendiente de devengarse, pues para eso había que acudir a un incidente de modificación de medidas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

11. Concurso de acreedores. Constitución de garantía coetánea al crédito: onerosidad.—La constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero por lo que no opera la presunción de perjuicio del artículo 71.2 LC.

Perjuicio para la masa: consideración.—Para juzgar sobre la existencia de perjuicio para la masa hay que valorar si ha existido alguna atribución o

beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía.

Perjuicio para la masa: directo o indirecto.—El perjuicio no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto.

Ausencia de perjuicio: diferencia con justificación del sacrificio patrimonial.—Una cosa es que no resulte de aplicación la presunción de perjuicio *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC por la contextualidad de las garantías, reales y personales que excluye su gratuidad, y otra distinta la valoración de la justificación del sacrificio patrimonial que supone la prestación de la garantía, en atención de los beneficios directos o indirectos que podían derivarse para el concursado que haya prestado la garantía.

Afianzamiento: sacrificio patrimonial.—En el concurso de una persona física que había afianzado un préstamo a favor de una sociedad participada mayoritariamente por ella, y mediante la cual desarrollaba su actividad empresarial, se aprecia la justificación del sacrificio patrimonial que suponía el afianzamiento en atención al interés económico que el fiador concursado tenía en el buen fin de la empresa financiada. La jurisprudencia no considera la existencia de perjuicio, si el préstamo garantizado cuenta con la justificación de que pretende dotar de liquidez a una sociedad de participación mayoritaria a quien lo garantiza, y relacionada con la actividad profesional del concursado, y se halla plenamente justificado porque en la fecha en que se realizó se pretendía obtener liquidez o circulante para la persona jurídica, como medio, a su vez, de obtener ingresos superiores para el patrimonio de la persona física que es su socio mayoritario.

Pago de deuda ajena: grupo de sociedades.—Desde la perspectiva de quien cobra el crédito, ha percibido algo debido, y el hecho de que lo haga de otra sociedad del grupo de la deudora no priva de justificación a su cobro, conforme al principio *qui suum recepit nullum videre fraudem facere* (quien cobra lo que es suyo no defrauda). (STS de 19 de diciembre 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La administración concursal de las entidades S. C. S. L., G. N. A. S. L. U. y L. I. S. L. U., don D. y don E., interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid demanda de incidente concursal en ejercicio de acción de rescisión, contra las entidades G. N. A. S. L. U. y L. I. S. L. U., don D. y don E, la entidad C. de A. M. y la entidad U. O. C. S. L., solicitando, entre otros pedidos que se declare la rescisión del pago realizado por G. N. A. S. L. U., en concurso, a favor de U. O. C. S. L., también la rescisión del negocio de hipoteca en garantía de la devolución del préstamo de L. I. S. L. U., en concurso, a C. de A. M., la rescisión de la constitución de aval solidario por don E., en concurso, en garantía de la devolución del préstamo de L. I. S. L. U. a C. de A. M., la rescisión de la constitución de aval solidario por don D. en concurso, en garantía de la devolución del préstamo de L. I. S. L. U. a C. de A. M., Se declare, en consecuencia, sin efecto alguno desde su constitución la indicada hipoteca sobre los inmuebles de G. N. A. S. L. U., se declaren, sin efecto alguno, desde su constitución los avales solidarios respecto del patrimonio de don E. y don D. requiriéndose a C. de A. M., a la inmediata devolución de los títulos, todo ello con

imposición de costas a los demandados. La sentencia de instancia estimó la demanda declarando la rescisión de la disposición efectuada por G. N. A. S. L. a la C. de A. M. en pago de una deuda de U. O. C. S L.: la rescisión, sin efecto alguno desde su constitución, de la hipoteca constituido por L. I., SLU, en garantía del préstamo percibido por G. A. SL.; la rescisión, sin efecto alguno desde su constitución, de las fianzas prestadas por don E. y don D. en garantía del préstamo percibido por G. N. A. por entender aplicable la presunción de perjuicio del artículo 71.2 LC al pago realizado pues se trataba de un acto realizado a título gratuito, por la ausencia de contraprestación. Del mismo modo, aplicó esta presunción de perjuicio *iuris et de iure* a la constitución de la hipoteca y las dos fianzas, por entender que también eran actos de disposición a título gratuito. En el caso de la constitución de la hipoteca, razonó que no constaba que esa operación hubiera sido realizada en interés del grupo. Recurrida en apelación por la representación procesal de C. de A. M., la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, estimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto y revocó la resolución, ya que negó que los actos de disposición patrimonial que se pretenden rescindir hayan sido realizados a título gratuito, y por ello no resulta de aplicación la presunción de perjuicio *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC y sin que exista base para afirmar el carácter perjudicial de las referidas operaciones, acordando en su lugar, desestimar la demanda promovida por la parte actora, condenando a dicha parte al pago de las costas de primera instancia, sin expresa imposición de las costas ocasionadas en la segunda instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

12. Asunción de deuda. Acuerdo entre el cesionario del remate y la entidad bancaria por la que aquel asumió el pago de la parte del préstamo hipotecario que no había sido cubierta por la subasta. Reclamación del importe pagado al prestatario primitivo: aplicación de las normas previstas para el pago del tercero (art. 1158 CC).—La asunción de deuda con pago liberatorio debe ser tratada, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, como un pago, pues el supuesto no es tan distinto del pago por tercero contemplado en el artículo 1158 CC. Del mismo modo que un tercero puede hacer el pago *ex artículo* 1158 CC puede comprometerse con el acreedor a hacer el pago y, liberado el deudor primitivo, podrá dirigirse contra este por aplicación de las normas del pago por tercero. En el caso, producido el pago, nació el derecho de regreso ejercitado con la finalidad de recuperar lo pagado. (STS de 19 de diciembre de 2018; ha lugar.). [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El objeto de discusión se centra en el acuerdo suscrito por los demandantes con una entidad financiera, en virtud del cual, esta cedía a los primeros el remate resultante de la ejecución hipotecaria y, a cambio, aquellos le pagarían el precio del remate más la parte del préstamo hipotecario que no había sido cubierta por la subasta. La vivienda ejecutada había sido comprada por el hijo de los demandantes y su novia, que en aquel momento formaban una pareja de hecho. Tras la ruptura de la relación, la pareja

dejó de pagar el préstamo hipotecario lo que llevó al banco a instar el correspondiente procedimiento hipotecario. Con el fin de no perder la vivienda, los padres del comprador alcanzaron un acuerdo con el banco por el que la entidad financiera se comprometía a realizar los trámites oportunos para la cederles el remate, a cambio del pago del importe de la adjudicación más las cantidades pendientes del pago del préstamo hipotecario, todavía debidas, por exceder del precio obtenido en la subasta. Abonada la deuda, los padres presentan demanda contra la ex novia de su hijo reclamándole el 50 % de la cantidad entregada al banco para cancelar el préstamo hipotecario. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia estima el recurso de apelación y desestima la pretensión. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—Para la Audiencia, el pago realizado por los demandantes era un pago propio, derivado del acuerdo suscrito entre estos y la entidad bancaria, por lo que excluye la aplicación del artículo 1158 CC, en cuanto que, el mencionado precepto requiere como uno de los presupuestos que se trate de pago de deudas ajenas. Sin embargo, el Tribunal Supremo califica el negocio como un contrato de asunción de deuda. En concreto, y aunque no se especifique en la sentencia, nos encontraríamos ante un convenio expromisorio en virtud del cual el acreedor concierta con un tercero que este quede vinculado por la obligación del deudor primitivo, y, por tanto, tendrá que cumplir la prestación de aquel (*Vid.* DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial*, Pamplona, 2008, pp. 1032 ss). En el caso de la sentencia que nos ocupa, además fue una asunción liberatoria, puesto que, el banco emitió un certificado de liquidación de la deuda de los prestamistas. La figura está contemplada en el artículo 1205 CC y se caracteriza porque la intervención del nuevo deudor, que ocupa la posición del primitivo, es espontánea y no necesita del conocimiento ni aprobación del deudor antiguo. Hay un sustrato común entre el pago del tercero (art. 1158 CC) y convenio expromisorio (art. 1205) que viene representado por la idea de la admisión de la intervención de un tercero en una relación jurídica ajena. Sin embargo, en el convenio expromisorio el que cumple lo hace como deudor, mientras que en el pago del tercero es una persona no ligada por la relación afectada quien realiza la prestación. Por otro lado, el acreedor puede ser obligado a recibir el pago que de su crédito haga un tercero distinto del deudor, pero no puede serlo a aceptar la novación por expromisión, la cual solo se verifica mediante su voluntad (sobre las diferencias entre pago del tercero y expromisión *vid.* MORATÓN SANZ, M.^a F. «La expromisión ante el pago del tercero y la cesión del contrato», *RCDI*, núm. 713, 2009, pp. 1184-1211). Los efectos de esta modalidad de asunción de deuda están en función tanto del contenido del acuerdo del acreedor con quien asume el pago como de la relación existente entre este último y el deudor (por ejemplo: el expromitente es deudor del deudor o se trata de hacerle una liberalidad). En términos generales, una vez pagada la deuda, el expromitente tiene derecho a dirigirse contra el deudor primitivo para recuperar lo pagado mediante la aplicación analógica del artículo 1158 CC (*C. O. M.*)

13. Responsabilidad por defectos constructivos: compatibilidad de la acción derivada del artículo 1591.1.º CC con las acciones por incumplimiento contractual. Plazo de prescripción aplicable a estas últimas.—La responsabilidad de los agentes de la edificación que establece el artículo 1591 del CC resulta compatible con el ejercicio de acciones contractuales derivadas del artículo 1101 y concordantes del mismo cuerpo legal, cuando medie entre actor y demandado vínculo de tal naturaleza. De forma expresa, lo autoriza además la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (art. 17.9) (SSTS de 2 de febrero de 2012, 27 de diciembre de 2013 y 7 de enero de 2015 citadas a su vez por la de 15 de junio de 2016). Así, el promotor-vendedor resulta responsable, en virtud del contrato de compraventa suscrito con los adquirentes, de entregarles el edificio en condiciones de servir para el uso que le es propio, por tanto, sin defectos constructivos. El plazo de prescripción aplicable a estas acciones contractuales fundadas en el artículo 1101 CC es el previsto en el artículo 1964 CC. **(STS de 18 de diciembre de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios de un edificio interpone demanda en 2012 frente a la entidad promotora-constructora, sus arquitectos superior y técnico, en reclamación de la ejecución de obras de reparación de defectos constructivos que padecía, tales como filtraciones y grietas, y subsidiariamente la condena al pago de su coste, con fundamento en los artículos 1591 y 1101 CC. La licencia para la construcción del edificio se otorgó en 2004, y fue culminada en 2007. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimatoria de la demanda, sin acoger las excepciones de caducidad y prescripción opuestas por los demandados. Estos interponen sendos recursos de apelación que son estimados. La Audiencia Provincial, tras centrarse en que la norma aplicable es la Ley de Ordenación de la Edificación, y no el artículo 1591 CC, absuelve a los codemandados al apreciar la caducidad de las acciones tanto derivadas de la LOE como del contrato. En lo que se refiere a la promotora-constructora (a cuya absolución se limitó el recurso de casación), la Audiencia considera aplicable el plazo de caducidad de seis meses de las acciones de saneamiento por vicios ocultos (art. 1484 ss. CC) a las que se remite expresamente el artículo 17.9 LOE, sin reparar, por tanto, en que la actora había esgrimido expresamente el artículo 1101 CC. La comunidad de propietarios interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo casa la sentencia y remite las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia entrando en el fondo del asunto, sin que resulte apreciable la excepción de prescripción.

NOTA.—Esta sentencia resuelve la demanda de reparación de defectos constructivos a través de las acciones derivadas del cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa que une al promotor-vendedor con los adquirentes de lo edificado (artículo 1101 CC y concordantes). La acumulación de estas acciones ha sido tradicionalmente admitida en aplicación del artículo 1591 CC (cfr., entre otras, SSTS de 8 de octubre de 1990, 28 de enero de 1994 y 21 de marzo de 1996). En la sentencia comentada las acciones contractuales fueron erróneamente acumuladas al artículo 1591.1.º CC,

cuando el edificio estaba sometido a la Ley de Ordenación de la Edificación por razones temporales, al haberse solicitado su licencia de obra tras su entrada en vigor, producida el 6 de noviembre de 2000 (cfr. disposiciones transitoria primera y final cuarta). Aunque la Ley de Ordenación de la Edificación no derogó expresamente el artículo 1591 CC, debe entenderse «derogada» su interpretación jurisprudencial porque de lo contrario dejaría sin efecto a la norma posterior por la amplia noción de ruina funcional manejada por la jurisprudencia sujeta a plazos de garantía y prescripción más largos. Así, se rechaza la aplicación del artículo 1591 CC a los defectos no cubiertos por la LOE, y se derivan al régimen contractual general (STS de 27 de diciembre de 2013), que también permitirá la reparación de defectos constructivos cubiertos por la LOE más allá de la prescripción de sus acciones (STS de 15 de junio de 2016). Debe alabarse la subsistencia de estas acciones por ser insuficientes los plazos de garantía de la LOE, particularmente el plazo trienal y su cómputo desde la recepción de la obra, lo que puede provocar su premoriencia a la compra del inmueble; importancia que no poseían bajo el artículo 1591 CC, dada la amplitud de plazos que suponía. Sin embargo, algunos autores limitan las acciones contractuales al ámbito no cubierto por la Ley de Ordenación de la Edificación (*vid.* DÍEZ-PICAZO, L., «Ley de Edificación y Código civil», ADC, 2000-I, pp. 20-21, y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y CASADO CASADO, B., «Defectos constructivos: sobre la plena vigencia de la Ley de Ordenación de la Edificación respecto de todo tipo de obras, sea cual sea la fecha de solicitud de licencia de obra», La Ley, 2006-IV, p. 1478, notas 3 y 4). Las acciones contractuales estimamos que no producirán un vaciamiento de la Ley de Ordenación de la Edificación aunque tutelen defectos constructivos manifestados tras el plazo de garantía trienal, puesto que requerirán vínculo contractual y no se verán beneficiadas de las presunciones de carácter originario de los defectos que suponen los plazos de garantía. Para más detalles, *vid.* SANTANA NAVARRO, F., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», ADC, 2019-II, pp. 375 a 382 y 393). (F. S. N.)

14. Responsabilidad civil profesional del abogado.—El demandado, abogado de profesión, recurre en casación y por infracción procesal la sentencia de segunda instancia que, estimando en parte la demanda formulada en su contra por quien fue su cliente (parte recurrida en estos recursos), declaró la responsabilidad profesional del letrado por la defectuosa interposición en un anterior litigio de un recurso extraordinario por infracción procesal que fue inadmitido y, en consecuencia, le condenó a indemnizar a la parte demandante.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1. A comienzos de 2004 D. Carlos Alberto y otras ocho personas contrataron los servicios profesionales del letrado D. JAMT, hoy recurrente, a quien encargaron la defensa judicial de sus intereses y los de la comunidad hereditaria formada tras el fallecimiento de Dña. Marina, por considerar que ésta había realizado durante el año 2003, poco tiempo antes de fallecer, diversos negocios jurídicos —entre ellos una escritura de apoderamiento— sin tener

la capacidad de obrar necesaria por razón de su enfermedad mental –demencia tipo Alzheimer–, y que Dña. Amanda (hija de Dña. Marina y hermana del primero) les había perjudicado al servirse del poder notarial que le había otorgado su madre para otorgar diversos negocios en su propio beneficio y en perjuicio de los llamados a la herencia de Dña. Marina. En concreto, se le reprochaba haber extraído dinero de una cuenta bancaria de la que era titular la poderdante y haber firmado en nombre de ésta un préstamo y una venta de acciones de la empresa familiar.

2. En este contexto, durante el año 2004 y bajo la dirección letrada del hoy recurrente, se presentaron a nombre del Sr. Carlos Alberto y otros un total de tres demandas que dieron lugar a otros tantos procesos de tramitación simultánea en el tiempo.

3. La primera demanda (que dio lugar al pleito en el que, según el Sr. Carlos Alberto, tuvo lugar la supuesta negligencia profesional de su letrado por la que se reclama en las presentes actuaciones), se interpuso con fecha 17 febrero 2004.

3.1 Bajo la dirección letrada del hoy recurrente, el Sr. Carlos Alberto y otros llamados a la herencia de Dña. Marina, como herederos y legitimarios, dedujeron demanda de juicio ordinario contra Dña. Amanda y otro demandado en ejercicio acumulado de acciones de nulidad de escritura de apoderamiento otorgada por Dña. Marina con fecha 21 de julio de 2003, de reclamación de cantidad por responsabilidad civil del Notario autorizante y de enriquecimiento injusto, interesando que se declarase nula dicha escritura por falta de consentimiento válidamente emitido, que la hermana del demandante (a la sazón apoderada) se había enriquecido sin causa y que el Notario había incurrido en responsabilidad al autorizar el poder y que se condenara solidariamente a ambos demandados al pago de una indemnización de 700.000 € en concepto de daño emergente, más el interés legal del dinero a fecha de presentación de la demanda. La cuantía del procedimiento se fijó en la indicada suma.

3.2 Admitida a trámite la demanda por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de las Palmas de Gran Canaria, la parte demandante acumuló una acción de nulidad del contrato de préstamo suscrito por madre e hija con fecha 5 de agosto de 2003, sin que dicho préstamo «devengara intereses de ninguna clase».

3.3 El 14 de febrero de 2006 se dictó sentencia de primera instancia íntegramente desestimatoria por falta de pruebas irrefutables de la falta de capacidad de Dña. Marina cuando otorgó el poder y el préstamo cuya nulidad se pretendía. En concreto: «Sustancialmente porque no se proporcionaron pruebas irrefutables acreditativas de la falta de capacidad para entender y querer que se presumía en la finada Marina cuando otorgó el mandato representativo el 21 de julio de 2003 y el contrato de préstamo del 5 de agosto de 2003, porque fue emitido un juicio favorable de capacidad de la contratante por tres Notarios distintos durante los cinco meses anteriores a la celebración de dichos contratos, amén de que los demandantes emitieron un juicio favorable sobre la capacidad de su madre y abuela para instituirles herederos por testamento de 13 de marzo de 2003 y para nombrar un representante en la Junta de Accionistas de Ronáldez S.A.

3.4 La sección 5.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2008, desestimando el recurso y confirmando la sentencia de primera instancia. Razonó en síntesis que la sentencia de primera instancia había valorado minuciosamente y adecuadamente la prueba a

la hora de concluir que debía primar la presunción de capacidad del artículo 322 CC, fundamentalmente porque frente al valor primordial en estos casos de los dictámenes periciales no podía prevalecer las opiniones de legos en la materia (las partes y los testigos), sin conocimientos en psiquiatría o medicina forense, y porque tampoco podía prevalecer el dictamen pericial de la parte demandante, toda vez que el perito que la elaboró (especialista en psiquiatría y neurología) no pudo examinar a la paciente (ya en coma), formuló sus conclusiones a partir de las respuestas que le facilitaron familiares próximos y enfrentados con ella, no se basó en informe médico alguno en el que constara el diagnóstico de demencia senil, y el TAC en el que se apoyó arrojó conclusiones contradictorias. En suma, entendió que «a pesar de la aparición de síntomas propios de un cierto grado de deterioro mental o demencia, propios de la avanzada edad de quien los padecía, no eran suficientes para apreciar la anulación de las facultades psíquicas superiores de la persona», y que tampoco la acción de nulidad respetaba la buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos toda vez que entraba en colisión con la conducta precedente de los demandantes.

3.5 Contra dicha sentencia, y conforme al régimen procesal derogado por la reforma de la Ley de 10 de octubre de 2011, la parte demandante interpuso recurso de apelación extraordinario por infracción procesal ante la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, justificándose la interposición aislada del recurso extraordinario sin recurrir en casación por tratarse de un asunto seguido por razón de la cuantía y exceder esta (700.000 €) del límite legal entonces vigente (150.000 €), y como motivos de infracción del artículo 469 LEC se aludía genéricamente a la «infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia; por infracción de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, a un proceso público con todas las garantías». En el ulterior escrito de interposición se citaron como infringidos los artículos 218,1 párrafo 2.º, artículos 317.6, 319.1, 348 y 376 LEC.

3.6 Por auto de 13 de abril de 2010, la Sala acordó declarar desierto el recurso de todos los recurrentes, salvo D. Carlos Alberto. Por providencia de 13 de abril de 2010 se puso de manifiesto la posible causa de inadmisión consistente en «interposición defectuosa del recurso extraordinario por fundamentarse en infracciones diferentes de las alegadas en el escrito de preparación (art. 473.2 en relación con arts. 471 y 470.2 LEC)». La parte recurrente alegó con fecha 28 de mayo de 2010, aduciendo que en otro procedimiento, sobre la nulidad de la compraventa de 35 acciones de la entidad Ronáldez S.A y en el que se habían practicado las mismas pruebas, la Sección 4.ª de la misma Audiencia Provincial había resuelto en sentido contrario, esto es, apreciando la falta de capacidad de Dña. Marina por razón de su enfermedad. Por auto de 1 de junio de 2010 se acordó inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal, declarando firme la sentencia recurrida.

4. La segunda demanda se presentó el 17 de mayo de 2004 en ejercicio de la acción de nulidad radical del testamento otorgado por Dña Marina en 13 de febrero de 2003, dando lugar al juicio ordinario del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Telde, procedimiento en el que se declaró caducada la instancia por inactividad del referido Letrado (razón por la cual la demanda y el proceso caducado carecen de interés para los presentes recursos).

5. La tercera demanda (a que dio lugar al proceso en el que, según se afirma, otra Sección de la misma Audiencia resolvió de forma contradictoria pese a partir del mismo material probatorio) se presentó con fecha 2 de junio de 2004. En ella se ejercitaba acción de nulidad de escritura de compraventa

de 35 acciones de la empresa familiar Ronáldez S.A, por falta de consentimiento o, subsidiariamente, por simulación absoluta y falsedad de la causa en relación con la doctrina del precio irrisorio. No se indicaba cuantía del procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 22 de junio de 2004, dictó auto de admisión a trámite, acordando seguir los trámites del juicio ordinario al amparo del artículo 249.2 LEC pero sin fijar tampoco la cuantía del pleito. Con fecha 17 de febrero de 2008 se dictó sentencia en primera instancia, desestimatoria de la demanda, razonando que los dictámenes periciales eran contradictorios, que los informes médicos no eran concluyentes, por lo cual debía prevalecer la calificación favorable a la capacidad de Dña. Marina realizada por los distintos Notarios en un intervalo de apenas cuatro meses que habían intervenido en los distintos negocios jurídicos otorgados por aquella. Interpuesto recurso de apelación ante la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, esta dictó sentencia el 22 de abril de 2010, estimando el recurso y por tanto la demanda, declaró la nulidad del contrato de acciones instrumentalizado en escrituras públicas de junio y julio de 2003. La sentencia razonó, en síntesis, que, del conjunto de las pruebas practicadas, tanto indirectas o circunstanciales como directas, con la única excepción de un informe médico, resultaba que Dña. Marina «no se encontraba en estado de poder comprender el alcance del negocio jurídico impugnado al padecer una enfermedad que le deterioraba de forma progresiva y afectaba a sus facultades cognitivas y volitivas, cuyos síntomas fueron apareciendo desde el año 2000 y agravándose paulatinamente con el paso del tiempo, de tal manera que en el mes de junio de 2003 cuando con 89 años celebró el contrato de compraventa impugnado la prestación de su consentimiento estaba afectado o viciado de la demencia senil tipo vascular previamente desarrollada».

Interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal por la parte demandada conforme al régimen procesal vigente (anterior a la reforma de la Ley de 2011), esta Sala dictó auto de 31 de mayo de 2011 acordando su inadmisión, declarando firme la sentencia recurrida. La inadmisión se fundó en que la sentencia de segunda instancia era irrecurrible en casación (lo que también determinaba la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal) al haberse dictado en un pleito seguido por razón de la cuantía y ser ésta (30.050,61 €, valor total dado en el contrato cuya nulidad se pretendía a las participaciones sociales objeto del litigio) notoriamente inferior al límite legal entonces vigente (art. 483.2,3.º LEC), y esto por ser criterio de esta Sala que en los litigios sobre validez o eficacia de un título obligacional la cuantía no se determinaba en función del valor de la cosa objeto del contrato al tiempo de interponerse la demanda, sino aplicando la regla 8.ª del artículo 251 LEC, por lo que el precio fijado marcaba el límite máximo de la cuantía litigiosa.

6. Con fecha 6 de julio de 2011 D. Carlos Alberto (diciendo actuar por sí y en beneficio de la comunidad hereditaria de la fallecida Dña. Marina) interpuso contra su abogado, el hoy recurrente, la demanda de juicio ordinario del presente litigio.

6.1 En la demanda se ejercitaba acción de responsabilidad civil profesional y reclamación de la correspondiente indemnización (por importe de 168.000 €) por una negligente actuación profesional de dicho letrado en el primero de los referidos procesos (el iniciado por demanda de 17 de febrero de 2004) negligencia consistencia en la defectuosa preparación del recurso extraordinario por infracción procesal que, a la postre, determinó su inadmi-

sión por esta Sala. Se alegaba, en síntesis, que la disparidad de respuestas de dos Secciones de la misma Audiencia Provincial podría presumirse que si el recurso extraordinario por infracción procesal se hubiera preparado e interpuesto correctamente era muy probable que esta Sala hubiera revisado la valoración probatoria de la Audiencia Provincial, pues en esa fecha –al resolver sobre la admisión– ya habría podido tener conocimiento de la sentencia por la otra Sección que, partiendo de la misma prueba, había llegado a una conclusión opuesta en cuanto a la capacidad de Dña. Marina (negándola), de modo que el Letrado demandado había incurrido en un conducta negligente causalmente determinante de un daño consistente en la frustración o pérdida de oportunidad procesal, ya que fue su desconocimiento de la legislación y de la jurisprudencia sobre los requisitos para recurrir por infracción procesal ante esta Sala lo que había impedido que se admitiera el recurso y, por tanto, se revisara la prueba. Se invocaban los artículos 1101, 1258 y 1544 CC y la jurisprudencia de esta Sala sobre los deberes del abogado para con su cliente. Finalizaba solicitando una sentencia por la que se declarase que el demandado había causado un perjuicio y daño moral por pérdida de la oportunidad de que esta sala conociera del recurso extraordinario por infracción procesal y se le condenara a indemnizar a la parte demandante en 168.000 €.

6.2 El demandado hoy recurrente se opuso a la demanda alegando, en síntesis, lo siguiente: (i) Que en 2003 asumió el encargo del Sr. Carlos Alberto de entablar acciones judiciales contra su hermana Dña. Amanda con el fin de recuperar el dinero (700.000 €) que esta había sacado de la cuenta corriente de la que era titular la madre de ambos, Dña. Marina, sirviéndose de un poder notarial y aprovechándose de su demencia; (ii) Que tras el fallecimiento de la Sr.^a Marina el 28 noviembre 2003, el demandado decidió, de mutuo acuerdo con su cliente, que lo mejor era presentar dos demandas, una primera contra la hermana dirigida a obtener la nulidad del poder por falta de consentimiento válido– y contra el Notario autorizante –a fin de que se declarara su responsabilidad profesional por negligencia en su otorgamiento– (demanda que dio lugar al juicio ordinario del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Las Palmas), y una segunda demanda contra la hermana para que se declarara nula la compraventa por la que la madre le había vendido 35 acciones de la empresa familiar por un importe muy inferior al que valían (que dio lugar al juicio ordinario 808/2004 seguido ante el mismo Juzgado; (iii) Que en el primero de esos pleitos se tuvo conocimiento de forma sobrevenida de la existencia de un préstamo por importe de 700.000 € otorgado por la madre a la hija con fecha 5 de agosto de 2003, razón por la cual se amplió la demanda para pedir la nulidad del mismo por falta de consentimiento de Dña. Marina; (iv) Que aunque las acciones del primer juicio fueron desestimadas en ambas instancias, y también inadmitido el recurso extraordinario por infracción procesal, sin embargo, en atención a los criterios jurisprudenciales que rigen en materia de responsabilidad profesional de abogados, no podía considerarse que el demandado hubiera incurrido en responsabilidad, pues, a la dificultad objetiva de la posición jurídica que tuvo que defender en ese proceso se sumaba que la decisión judicial desestimatoria de las pretensiones de la parte demandante, al fundarse en la valoración conjunta de la prueba, no era susceptible de ser corregida ni siquiera mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, faltando una razonable certidumbre sobre las posibilidades de que habría tenido de prosperar el recurso inadmitido; y (v) Que en todo caso, el daño moral derivado de esa pérdida de oportunidad procesal era inexistente, tanto por el resultado favorable para su cliente del segundo proceso, ya que la Sec-

ción 4.^a de la Audiencia Provincial de las Palmas declaró nula la venta de acciones, como porque la cantidad en su día extraída de la cuenta corriente se correspondía con el importe del préstamo concedido por la madre a la apoderada, de tal forma que aunque por consecuencia del recurso extraordinario hubiera ganado firmeza la validez del apoderamiento, nada impedía considerar a la hermana como prestataria deudora de la cantidad prestada.

6.3 Además, el letrado demandado formuló reconvencción en reclamación de honorarios no satisfechos, incluyendo gastos de burofax por importe de 164,25 €. El demandante inicial se opuso alegando excepción de litispendencia parcial, ya que se estaba siguiendo otro pleito sobre la misma pretensión ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Las Palmas.

6.4 En la audiencia previa se acordó apreciar la excepción de litispendencia parcial en relación con el cobro de honorarios y reducir el objeto de la demanda reconvenccional a la reclamación por gastos de burofax.

6.5 La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y la reconvencción, no imponiendo las de la demanda e imponiendo al reconviniente las costas de la reconvencción. Sus razones, en síntesis, fueron las siguientes: (i) La obligación del abogado no es de resultado sino de medios, no obstante lo cual, se le exige actuar con arreglo a la *lex artis* y desempeñar el encargo y la defensa de los intereses de su cliente con el máximo celo y diligencia; (ii) Tratándose de una responsabilidad subjetiva, la prueba de la culpa, del daño producido y del nexo de causalidad incumbe al demandante que se dice perjudicado; (iii) Aunque en el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia de 16 de diciembre de 2008 de la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas se invocaron preceptos distintos en la preparación y en la interposición, y esta disonancia fue la causa de la inadmisión, el daño causado (pérdida de oportunidad procesal) no podía ponerse en este caso a cargo del letrado demandado, debido a «lo restrictivo que es nuestro Tribunal Supremo vía recurso extraordinario por infracción procesal (no discutiendo la parte demandante que este concreto remedio era el oportuno) para revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales que conocen en las instancias, sin que, por otro lado, de los elementos con que cuenta este Juzgador (tampoco la parte demandante los expone o refiere) puede concluir, ni mucho menos, que con la sentencia dictada en grado de apelación de 16 de diciembre de 2008 por la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas se haya conculcado el artículo 24.1 CE por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad, tal y como exige nuestro TS»; y (iv) procedía desestimar la reconvencción por existir litispendencia parcial respecto de la suma de 6.000 €, reclamada como honorarios en otro litigio, y no haberse acreditado el pago de los gastos de burofax por el demandante reconvenccional.

6.6 Contra dicha sentencia solo recurrió en apelación el demandante-reconvenido, y la sentencia de segunda instancia, estimando en parte el recurso, estimó también parcialmente su demanda en el sentido de declarar la responsabilidad profesional del demandado y condenarle a indemnizar a la parte demandante en 12.000 €, más intereses procesales del artículo 576 LEC sin imponer las costas de las instancias a ninguna de las partes. Sus razones, en síntesis, son las siguientes: (i) El apelante planteó que el daño moral por pérdida de oportunidad es siempre indemnizable porque el cliente tiene derecho a que un Tribunal superior en fase de recurso estudie su caso y se pronuncie; (ii) La segunda cuestión planteada es que no cabía descartar el éxito de un recurso por infracción procesal por que existían dos sentencias de la

misma Audiencia Provincial de Las Palmas, de Secciones diferentes, considerando probados hechos contradictorios, esto es, la capacidad y la falta de capacidad de la madre, circunstancia que bien podría haber permitido que esta Sala hubiera admitido dicho recurso por infracción procesal, si hubiera estado bien preparado, para revisar la valoración probatoria por errónea, ilógica o irracional; (iii) La sentencia de la Sección 4.^a fue bien traída al proceso porque se había mencionado en la demanda y se aportó de forma íntegra, como también la alusión «a la prueba del TAC que se contiene en la sentencia referida» posibilitando su valoración por las partes y por el Tribunal; (iv) aun cuando se alcanzase la certeza de que la pretensión contenida en la acción frustrada era totalmente improsperable, haciendo el tantas veces mencionado por la jurisprudencia «cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada», lo cierto es que siempre quedará abierta una vez indiscutida la responsabilidad del letrado demandado, la posibilidad de establecer una compensación al perjudicado por el daño moral que se le ha causado al privársele de la posibilidad de que el tribunal conozca sus pretensiones; (v) En resolución, que en todo caso, y una vez concluida la responsabilidad del Abogado, ha de compensarse el daño moral efectivo que supone la pérdida de oportunidad; (vi) No puede afirmarse con la contundencia que lo hace el Juez de instancia que el Tribunal Supremo habría desestimado dicho recurso por infracción procesal incluso de haberse formulado debidamente, pues esa contradicción entre sentencias podría haber justificado la revisión de la valoración probatoria por ilógica, arbitraria o irracional; (vii) Afirmada la responsabilidad civil del Letrado, ha de compensarse siempre al menos el daño moral por la pérdida de oportunidad de que el asunto fuera examinado por esta Sala, independientemente de que posteriormente se valore el alcance patrimonial (para lo cual debe hacerse un juicio prospectivo o cálculo de posibilidades de que la acción frustrada hubiera sido estimada, lo que no es nada fácil), y en este caso, al no haberse justificado la procedencia de la cifra reclamada (160.000 €), dado que no se puede tomar como referencia el importe de las costas, resulta más adecuado adoptar los parámetros seguidos en casos similares y fijar la indemnización por daño moral y patrimonial en 12.000 € (más intereses procesales desde la sentencia).

6.7 Contra la sentencia de segunda instancia el demandado interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y el demandante-recurrido, en su escrito de oposición, ha alegado la inadmisibilidad del recurso de casación.

Defectos procesales del recurso: Prueba de la negligencia del abogado.—Como quiera que el párrafo 2.º de la regla 5.ª de la disposición final 16.ª LEC supedita la admisión del recurso de casación por interés casacional y el demandante-recurrido, en su escrito de oposición y conforme autoriza el párrafo 2.º del artículo 485 LEC, ha alegado que el recurso de casación es inadmisibile, lo primero que debe resolver esta Sala es si efectivamente concurren o no causas de inadmisión del recurso de casación, que en este momento procesal se aplicarían, conforme a constante jurisprudencia de esta Sala, como razones para desestimarlos.

Teniendo en cuenta las alegaciones del escrito de oposición y examinado de nuevo el recurso de casación en relación con la sentencia impugnada, procede desestimarlos por incurrir en las causas de inadmisión de inexistencia de interés casacional (art. 483.2-3.º LEC) y carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2-4.º LEC) al no ajustarse a la razón decisoria de la sentencia impug-

nada para poder justificar que ésta se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo representada por las sentencias que cita el recurrente. Para justificar el interés casacional no basta con citar algunas normas generales sobre la responsabilidad por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y transcribir algunas ss. de esta Sala sobre la responsabilidad profesional de los Abogados y la indemnización a sus clientes conforme al criterio de la pérdida de oportunidad, único aspecto en el que se centra el demandado-recurrente para sostener que el recurso por infracción procesal inadmitido en su día por preparación defectuosa no habría tenido ninguna posibilidad de prosperar aunque se hubiera preparado correctamente. Sin embargo, el recurrente no advierte que la verdadera razón por la que la sentencia impugnada estima parcialmente la demanda no es solo que no cupiera descartar absolutamente (con la contundencia que hace el Juez *a quo*) cualquier posibilidad de éxito de aquel recurso, sino también, y fundamentalmente que, «aunque se alcanzase la certeza de que la pretensión contenida en la acción frustrada era totalmente improsperable [...] siempre quedará abierto, una vez indiscutida la responsabilidad del letrado demandado, la posibilidad de establecer una compensación al perjudicado por el daño moral que se le ha causado al privársele de la posibilidad de que el Tribunal conozca de sus pretensiones». De ahí que, más adelante, la sentencia afirme que «en este caso, y una vez concluida la responsabilidad del Abogado, ha de compensarse el daño moral efectivo que supone la pérdida de oportunidad», y, más adelante aún, que la compensación deba «integrarse por el doble concepto indemnizable del daño moral y del daño patrimonial». En definitiva, para justificar el interés casacional tendría que haberse centrado el recurso en si la negligencia del letrado en casos como el presente caso causa es decir, aunque el recurso correctamente preparado no hubiera tenido posibilidad alguna de éxito, pero el recurrente no lo ha hecho así y, al no ajustarse su recurso a la razón decisoria de la sentencia recurrida, resulta imposible analizar si esta se opone o no a la doctrina jurisprudencial invocada siempre un daño moral que debe indemnizarse en todo caso, es decir, aunque el recurso correctamente preparado no hubiera tenido posibilidad alguna de éxito, pero el recurrente no lo ha hecho así y, al no ajustarse su recurso a la razón decisoria de la sentencia recurrida, resulta imposible analizar si esta se opone o no a la doctrina jurisprudencial invocada.

Desestimado por inadmisibile el recurso de casación por interés casacional y procediendo inadmitir en consecuencia el recurso extraordinario por infracción procesal, procede imponer las costas al recurrente, que perderá el depósito constituido. (STS de 5 de marzo de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Sentencia llamativa por el exquisito cuidado en describir minuciosamente el *factum* que persigue, sin duda, acumular argumentos para desestimar un recurso, resolución en el caso evidente por defecto de forma. Siendo la reglamentaria actuación del Letrado uno de los quicios en que descansa la eficacia del artículo 24 CE, aquel esfuerzo debe valorarse positivamente. (G. G. C.)

15. Responsabilidad del notario.—La norma básica sobre la responsabilidad del notario se encuentra recogida en el artículo 146 RN. Según este precepto, el notario responderá civilmente de los daños y perjuicios que ocasiona con su actuación, cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inex-

cusable. Como este precepto no determina de modo directo en qué casos responde el notario, habrá que acudir a las reglas generales de responsabilidad civil, atendiendo a la naturaleza y contenido de la función que tiene encomendada el notario. En particular, los notarios, como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar (art. 1 RN). Por otro lado, además, esta relación profesional no desaparece por el hecho de que el notario dispense los derechos devengados por cualquier acto o contrato cuya documentación autorice, de acuerdo con lo previsto en el RD 1426/1989.

Así, el asesoramiento erróneo prestado por un profesional en materia propia de su actividad, aunque sea fuera del lugar en el que presta sus servicios, puede dar lugar a responsabilidad cuando, del conjunto de circunstancias, sea razonable deducir que tal asesoramiento ha sido la causa de un daño. En cualquier caso, no puede merecer la misma valoración el asesoramiento prestado en una consulta profesional realizada en la sede de trabajo del profesional que la información improvisada suministrada en una conversación mantenida en un encuentro casual.

En lo que tiene que ver con el asesoramiento fiscal, la resolución de la DGRN de 4 de enero de 2016 apunta que los notarios deben tener unos conocimientos fiscales mínimos para prever, entender y explicar las consecuencias fiscales de los negocios jurídicos reflejados en los documentos que autorizan, sin que de ello quepa inferir que los notarios deban asumir la función de asesores fiscales de tales operaciones o negocios, ni hacerse responsables del resultado fiscal, máxime cuando las calificaciones tributarias tienen criterios divergentes según el órgano administrativo o judicial. **(STS de 19 de diciembre de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Se interpuso demanda de responsabilidad por asesoramiento negligente contra un notario. El demandante fundó su acción en los artículos 1089 y 1101 CC y 146 RN. Alegó que, como consecuencia del defectuoso asesoramiento prestado por el demandado, no pudo aplicar a una donación que le hicieron sus padres la reducción en la cuota prevista en la legislación valenciana. Identificó el daño con la cuantía de las liquidaciones realizadas por la Administración tributaria, así como los recargos que pagó.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. Razonó que, con independencia de que el notario no hubiese exigido los honorarios correspondientes al otorgamiento de la escritura, hubo un asesoramiento, pero descartó que hubiera quedado acreditado el dolo, culpa o ignorancia inexcusable requeridos para declarar la responsabilidad civil (art. 146 RN), puesto que el notario actuó en la convicción jurídicamente razonable de que la donación se perfeccionaba en el momento de la escritura pública y no con la mera transferencia bancaria realizada con anterioridad. Consideró relevante, además, que el demandante se dirigiera directamente contra el notario, en lugar de agotar la vía administrativa, impugnando la resolución del organismo tributario.

La Audiencia Provincial entendió que el notario incurrió en error y condenó al demandado a indemnizar. En casación, el notario alega cuatro motivos, pero el Tribunal Supremo se centra básicamente en el

tercero, que alude a la infracción del artículo 1101 CC, en relación con los artículos 1 y 146 RN. Según el recurrente, el cumplimiento de los contratos debe ajustarse a la diligencia media razonable exigible según su naturaleza, que debe ser recíproca y alega que, en el caso, el actor actuó con desidia, máxime siendo abogado, primero al plantear una cuestión de tanta trascendencia económica de manera informal, luego haciendo la transferencia sin comentar nada al demandado y, finalmente, presentándose a hacer la escritura.

El Tribunal Supremo se plantea la valoración de la existencia de culpa o negligencia en la actuación notarial como fundamento de la responsabilidad por los daños invocados por el demandante. Lo que aquí se discute es si fue el asesoramiento del notario la razón por la que el actor tuvo que pagar la liquidación del impuesto de donaciones sin aplicar la bonificación. Según el Alto Tribunal, en el presente caso no se advierte que la conducta del notario demandado fuera susceptible de ser calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional. En el caso, no puede hablarse de un error que permita apreciar la culpa o ignorancia inexcusable del notario. Con independencia de cuál sea la interpretación técnicamente correcta y de la solución que se haya podido imponer en la práctica tributaria, lo cierto es que la cuestión ha sido discutida en los tribunales y el actor no intentó agotar la vía administrativa sobre la cuestión tributaria que le preocupaba, por lo que ni puede apreciarse negligencia profesional del notario ni el actor puede pretender que sea el notario quien asuma el pago de las cantidades liquidadas por el órgano tributario.

NOTA.— El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencias de 24 y 25 de julio de 2013, ha señalado que el hecho imponible del impuesto de donaciones se produce con el otorgamiento de la escritura pública, no con la transferencia bancaria, y ha permitido aplicar la bonificación. Sobre la obligación de los notarios de asesorar debidamente a los otorgantes, informándoles de forma exhaustiva sobre las circunstancias y los efectos del documento otorgado por los mismos, *vid.* la resolución de la DGRN de 26 de octubre de 1995. En relación con las distintas actividades de los notarios (de asesoramiento previo, de redacción y dación de fe de la escritura pública, y de gestión o tramitación del documento, *vid.* la resolución de la DGRN de 16 de enero de 1996). (S. L. M.)

16. Obligaciones de información de las entidades promotoras, comercializadores o gestoras de planes de pensiones sobre los riesgos de la modalidad escogida para el cobro de la prestación por el beneficiario una vez producida la contingencia de la jubilación.—No cabe declarar extinguido un contrato de plan de pensiones cuya modalidad de cobro elegida es la renta asegurada —una vez producida la contingencia que da lugar al pago (jubilación)—, cuando no se suministró información adecuada y comprensible para un consumidor medio sobre las consecuencias del fallecimiento del beneficiario antes del plazo elegido y previsto; ello a pesar de la firma del beneficiario mostrando su conformidad a los certificados individuales de adhesión tras producirse la contingencia. La falta de transparencia en la contratación tiene como consecuencia que el contrato perviva y que la entidad

aseguradora y gestora del plan quede sometida a la acción de cumplimiento del contrato de los herederos del beneficiario durante el tiempo que reste por cumplirse (**STS de 22 de enero de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 27 de diciembre de 1994, A se adhirió a dos planes individuales de pensiones ofertados por la empresa gestora de plan de pensiones B. Con motivo de su jubilación el 26 de mayo de 2003, A pasó de ser partícipe a beneficiario del plan de pensiones. Mediante solicitud escrita y firmada en ambos planes interesó el pago de la prestación derivada de cada uno de ellos. A escogió la modalidad conocida como de «renta asegurada» (esto es, renta garantizada por una entidad aseguradora), mensual y fija durante quince años (es decir, hasta el 1 de julio de 2018), con reversión del 100 % en caso de fallecimiento de su esposa (C). El importe exacto de la renta quedó pendiente de fijar hasta que la entidad aseguradora elegida suministrase a la gestora B los datos de la póliza. El 29 de agosto de 2003 A es notificado de la formalización de ambos planes con la compañía D, mediante un contrato de seguro por el importe de sus derechos consolidados en sendos planes y que ascendían a 30.323,62 euros, el primero, y 5.924,42 euros, el segundo. En ese momento se formalizaron dos contratos de seguro amparados en las pólizas de seguro de vida colectivo. Como tomador de los seguros figuraba D y como asegurado A, correspondiéndole a su esposa, C, el cobro del importe total en caso de premoriencia de A. Tras ello, A recibió los certificados individuales de las pólizas de seguro colectivo de vida de las que D era tomadora.

El 7 de febrero de 2008 falleció C, esposa de A. El 28 de mayo de 2010 falleció A. Ambos decesos se produjeron antes del término del plazo de quince años del seguro contratado.

El 28 de mayo de 2011, E, F y G —hijas del matrimonio formado por A y C— plantearon demanda contra las sociedades B y D en la que solicitaban el pago de las rentas cuyo abono había cesado con el fallecimiento de A. En su demanda hacían valer su condición de herederas de A y B, de tal suerte que el contenido de los planes de pensiones suscritos por A les legitimaría a reclamar para sí las prestaciones no satisfechas. Subsidiariamente plantearon una acción de enriquecimiento injustificado. Las demandadas se opusieron alegando (i) que se había optado por la modalidad de renta asegurada, con periodicidad mensual y quince años de duración; (ii) que solo para el caso de fallecimientos se pactó la reversión a favor de la esposa C, lo que permitía concluir que no se habían extendido los beneficiarios.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró a E, F y G beneficiarias por partes iguales de las rentas de los planes de pensiones suscritos por A hasta el momento del vencimiento. Entre otras razones, la sentencia concluyó que no se había informado adecuadamente a A sobre la posibilidad de designar otros beneficiarios distintos de los que figuraban en el plan de pensiones, tras el fallecimiento de la esposa, a pesar de ser un derecho reconocido por las propias especificaciones.

Las demandadas recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia de instancia, rechazando que la calidad de herederas de las demandantes las convirtiese en beneficiarias del seguro, sobre la base de que la modalidad de renta asegurada determinó la extinción de los planes de pensiones concertados con las demandadas. Estas acudieron al Tribunal Supremo en casación, que estimó el recurso y asumió la instancia. (A. I. R. A.)

17. Contrato de préstamo hipotecario. Condiciones generales de la contratación abusivas. Cláusula que establece la comisión de apertura.–

La comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. No se trata de la repercusión de un gasto, sino del cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá. Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual artículo 60.2 del Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria.

La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura. La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existen-

cia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto. El hecho de que esas actuaciones iniciales sean «inherentes» a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que esta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el artículo 87.5 del Decreto Legislativo 1/2007. No debe olvidarse que la normativa que regula esta materia configura la comisión de apertura como aquella que se cobra por actuaciones «inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito». Así lo hacía la norma tercera, apartado 1-bis-1.º, de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, y así lo hace la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones «inherentes al negocio bancario» que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto de la propia concesión del préstamo. Por tanto, la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, pues no refiere la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación, sino que forma parte del precio. Así resulta de la redacción del anexo II, apartado 4, de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y del apartado 1-bis-b de la norma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, que distinguen entre la comisión de apertura (respecto de la que solamente prevén, en los términos empleados por la última de las normas citadas, «que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo») y las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos (respecto de las que exige que «deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo»). Esta regulación ha pasado, en estos mismos términos, al artículo 5.2.b de la vigente Ley 2/2009. Por tanto, el principio de «realidad del servicio remunerado» no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo. No puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para uso residencial). Y, en todo caso, la mayor parte de estas actuaciones son imprescindibles para la concesión del préstamo. La fijación del importe de la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un

gasto. Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es «proporcionado» al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de precios excluido por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, implicaría serias dificultades prácticas, sobre todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática. Además, impediría la fijación de su cuantía por anticipado, de modo que sea posible que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo. La fijación anticipada del importe de la comisión de apertura es una exigencia ineludible de las normas que regulan la transparencia en este tipo de operaciones bancarias.

En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión «justo equilibrio de las contraprestaciones» por «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» en el Decreto Legislativo 1/2007, como han declarado las SSTs de 18 de junio de 2012, de 9 de mayo de 2013 y de 14 de diciembre de 2017) y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que lo ha interpretado, representada por las SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, y de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13. La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la previsión del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE. Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo. Lo anteriormente expuesto lleva a que el pronunciamiento que declara la abusividad de la comisión de apertura, y condena al banco a restituir su importe, debe ser revocado.

Por último, no se suscitan dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula. Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación

y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.

Cláusula que impone al prestatario consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario. Gastos de notario y registrador de la propiedad. Gastos de gestoría.— En la STS de 23 de diciembre de 2015 se declaró la nulidad, por abusiva, de la condición general que atribuye al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario porque no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGDCU).

Aunque la cláusula declarada nula recoge una amplia gama de aranceles notariales y registrales, la consideración conjunta de la sentencia impugnada y de la petición formulada en el suplico del recurso de casación lleva a la conclusión de que solo se cuestiona la atribución al banco del pago íntegro de los aranceles notariales de la escritura pública de préstamo hipotecario y de los aranceles registrales de la inscripción de la hipoteca. Una primera precisión a realizar es que no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista en concepto de intereses o comisiones. Son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde. Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye el pago íntegro al consumidor, no se modera la estipulación contractual ni se desconoce el efecto disuasorio que el TJUE ha atribuido a la Directiva 93/13 respecto de los predisponentes de cláusulas abusivas. Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según prevea el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato. El efecto restitutorio derivado del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y previsto en el artículo 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En consecuencia, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas. Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previ-

sión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del artículo 1303 CC por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. La STS de 23 de diciembre de 2015 no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación. En esa sentencia se consideró abusivo que, a falta de negociación individualizada, se cargara sobre el consumidor el pago de gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre la base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación. Eso es lo que corresponde hacer en esta resolución.

En las STS de 15 de marzo de 2018 declaramos, con relación al pago del derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, lo siguiente: «Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo–, como el prestamista –por la hipoteca–, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la RDGRN de 7 de abril de 2016)». Este criterio es aplicable a los aranceles notariales. Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real de garantía), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la STS de 10 de diciembre de 2007, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta». Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación. El artículo 63 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, remite la retribución de los notarios a lo que se regule en arancel. Como primera consideración sobre esta cuestión, la diversidad de negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) plasmados en la escritura pública no se traduce, en la regulación del arancel, en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado. Por el contrario, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. A su vez, la norma sexta del anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone: «La obligación de pago de los

derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente». Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.ª LEC) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 CC en relación con el artículo 3 LH), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía. Es decir, como la normativa notarial vigente habla en general de «interesados», pero no especifica si, a estos efectos de redacción de la matriz, el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor (por la obtención del préstamo) como el prestamista (por la garantía hipotecaria), es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su anexo II, apartado 1.º, que: «Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado». Con arreglo a estos apartados del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (letra b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (letra c). A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca.

La consecuencia de lo expuesto es que corresponde pagar al prestatario los gastos de aranceles notariales correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario, mientras que corresponde al prestamista el pago completo de los aranceles registrales, cuyo pago corresponde por completo al prestamista. Los criterios aplicables a la resolución de esta cuestión deben ser los que resulten del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece probable que lleve a cabo el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la prác-

tica, se trata una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su artículo 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito. Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad. (STS de 23 de enero de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La prestataria consumidora concertó con un banco un préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda. La prestataria interpuso una demanda contra el banco en la que solicitó que se declarara la nulidad de varias cláusulas del contrato de préstamo y que el banco le pagara las cantidades que había cobrado indebidamente por la aplicación de tales cláusulas. En concreto, solicitó la nulidad de la cláusula que limitaba la variación a la baja del interés remuneratorio («cláusula suelo»); de la cláusula que imponía al prestatario el pago de todos los gastos relacionados con el préstamo hipotecario, entre los que se incluían expresamente los aranceles notariales y registrales, los impuestos y los gastos de gestoría; de la cláusula que establecía un interés de demora del 18,5 % anual; y, finalmente, de la cláusula que establecía una comisión de apertura del 0,85 %.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la «cláusula suelo», de la cláusula relativa al interés de demora y de la cláusula que atribuía al prestatario el pago de todos los gastos e impuestos. Como consecuencia de esta declaración de nulidad, condenó al banco a pagar a la demandante las cantidades que había cobrado por la aplicación de la cláusula suelo, la totalidad del gasto por razón de la inscripción en el registro de la propiedad y la mitad del gasto por intervención notarial y de los gastos de gestoría. La sentencia desestimó la solicitud de anulación del resto de las cláusulas impugnadas, en concreto, la que establecía la comisión de apertura, y no condenó al pago del resto de cantidades correspondientes a gastos e impuestos que habían sido pagados por la prestataria.

Esta sentencia fue apelada por la prestataria, que solicitó que se condenase al banco a pagarle la totalidad de los gastos correspondientes a la intervención del notario, la cantidad correspondiente al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados por la constitución de la hipoteca, la totalidad de los gastos de gestoría, y que se declarase la nulidad, por abusiva, de la cláusula que establecía la comisión de apertura y se condenase al

banco a restituirle la cantidad cobrada por tal comisión. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación. Declaró que correspondía al banco el pago de la totalidad de los aranceles notariales y registrales y de los gastos de gestoría, y que correspondía a la consumidora el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (a excepción de la mitad del derecho de cuota fija derivado del timbre de los folios de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario).

El banco interpuso un recurso de casación basado en cinco motivos. En los mismos se cuestiona, exclusivamente, la declaración de nulidad de la cláusula que establece la comisión de apertura del préstamo hipotecario, con la consiguiente condena a restituir lo cobrado por dicha comisión, y la condena a pagar la totalidad de los aranceles notariales y registrales y de los gastos de gestoría, que, según la recurrente, deberían ser abonados por mitad por prestamista y prestatario. La demandante no recurre la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación.

NOTA.—El artículo 14.4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, establece que «si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo». Por su parte, este mismo precepto, es su punto 1 e), dispone que: «los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista; el prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite; los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista; el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable». (J. M.^a M. F.)

18. Límites en la segunda instancia. *Tantum devolutum quantum appellatum.*—Es reiterada la jurisprudencia que señala que la Audiencia Provincial solo puede revisar el pleito, asumiendo funciones de instancia tanto en cuestiones fácticas como jurídicas, si la controversia se reproduce o subsiste en esa segunda instancia (por todas, STS de 6 de julio 2006). El tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnada deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia (SSTS de 12 de mayo, 1 de diciembre de 2006, 21 de junio de 2007 y 19 de mayo de 2016). La STS de 25 de noviembre de 2016, trayendo a colación la STC de 18 de septiembre de 2000, declaró que la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de

nuevos hechos (arts. 862 y 863 LEC), como una *revisio prioris instantiae*, en la que el Tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius* y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*). En este sentido, en la STS de 25 de noviembre de 2010 se argumenta que el artículo 461 LEC contempla la impugnación de la sentencia apelada por la parte inicialmente no apelante concediendo a quien no es inicialmente apelante, no solo la facultad de oponerse al recurso de apelación interpuesto por otra de las partes, sino también la de impugnar la resolución pidiendo su revocación y sustitución por otra que le sea más favorable, caso en el que se da traslado a la parte inicialmente apelante para que pueda defenderse. Se concilia así, de un lado, la posibilidad de que quien resulta parcialmente perjudicado por la sentencia pueda consentirla, absteniéndose de interponer la apelación, en atención a los aspectos que le resultan favorables y, de otro lado, el pleno ejercicio del derecho de defensa si la contraparte, en definitiva, interpone recurso de apelación. Como se ha declarado en las SSTs de 5 de mayo de 2016 y 19 de febrero de 2016, no cabe plantear en casación cuestiones relativas a la nulidad cuando esta cuestión no accedió a la segunda instancia y, por tanto, no fue examinada por la sentencia recurrida.

Contrato de préstamo hipotecario. Condiciones generales de la contratación abusivas. Cláusula en la que se prevé un interés de demora del 25 %.—El Tribunal Supremo ha estudiado desde el año 2015 el control de abusividad de los intereses de demora en los préstamos personales e hipotecarios firmados por consumidores. En las sentencias dictadas a partir de ese año había considerado que, ante la falta de una previsión legal que fijara el criterio aplicable para el control de su abusividad, el interés de demora no podía exceder de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si se superaba este porcentaje, la cláusula se consideraba abusiva y la consecuencia era la supresión total del recargo que el interés de demora supone respecto del interés remuneratorio. Sin embargo, este seguía devengándose por el capital pendiente de devolución. Esa doctrina jurisprudencial fue cuestionada por diversas resoluciones en las que se pretendía que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarara que no era conforme con el Derecho de la Unión Europea. El TJUE decidió en su sentencia de 7 de agosto de 2018 que la jurisprudencia de la Sala Primera se ajusta al Derecho de la Unión y, en particular, a la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La STS de 28 de noviembre de 2018, en un caso en el que el interés de demora era del 25 %, ha abordado por primera vez la abusividad de los intereses de demora en préstamos concertados con consumidores, después de que el TJUE respaldara la doctrina jurisprudencial de la sala sobre esta materia. Con arreglo a la doctrina de la sala, que ha quedado refrendada por el TJUE, por ser conforme con el Derecho de la Unión Europea, no es correcta la solución ofrecida por ninguna de las sentencias de la instancia, ni de la primera instancia ni la de apelación. La primera solución no es correcta, pues había sustituido el interés de demora abusivo por el triple del interés legal del

dinero. Pero tampoco puede aceptarse la pretensión de que no se abone interés alguno, porque el interés remuneratorio fijado en el contrato sigue cumpliendo su función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución, por lo que debe continuar su devengo. La citada STS de 28 de noviembre de 2018, que hace un exhaustivo planteamiento de la cuestión, afirma lo siguiente: (i) En concreto, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el interés de demora en un contrato de préstamo, el TJUE, en su sentencia de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, ha declarado improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas. El juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, pues debe excluir plenamente su aplicación. Por esas razones, la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es su supresión, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor. Concluimos en aquellas sentencias que lo que procede anular y suprimir completamente, privándola de su carácter vinculante, es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Debe recordarse que el recargo que supone el interés de demora sobre el interés remuneratorio comienza a devengarse cuando el prestatario incurre en mora porque deja de pagar las cuotas del préstamo en las fechas convenidas, sin necesidad de que el banco dé por vencido el préstamo anticipadamente y proceda a «cerrar la cuenta» del préstamo. Y carece de lógica que el interés remuneratorio deje de devengarse cuando, transcurrido un cierto periodo de tiempo durante el que el prestatario se encuentre en mora, el prestamista haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, porque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista de modo que, anulada la cláusula abusiva, el interés remuneratorio continúa devengándose respecto del capital pendiente de devolución. Por tanto, la solución, conforme a esa doctrina, es que declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato. **(STS de 31 de enero de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La prestataria consumidora presentó una demanda contra un banco por la que solicitaba que se declarase la nulidad de la cláusula sexta del contrato de compraventa de vivienda con subrogación en préstamo hipotecario de 23 de noviembre de 2005, en la que se prevé un interés de demora del 25 %. Con carácter principal postulaba que se tuviese por no puesta y subsidiariamente que

se moderase. La parte demandada solicitó con carácter principal la desestimación íntegra de la demanda y subsidiariamente que, para el caso de considerarse abusivo el tipo de demora pactado en el préstamo hipotecario, se declarase aplicable en su sustitución el previsto en el artículo 114 LH, aplicable por remisión de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, o en su defecto el interés legal.

El Juzgado de primera instancia declaró la nulidad de la citada cláusula y la moderó en un triplado del interés legal del dinero. La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, al que se opuso la parte demandada, que no la impugnó en el extremo que le era desfavorable, es decir, en relación a la declaración de nulidad de la cláusula.

La Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia por la que confirmó la declaración de nulidad de la cláusula litigiosa sobre intereses moratorios, pero, con revocación de la sentencia recurrida, con la consecuencia de tenerla por no puesta, quedando privada de cualquier efecto jurídico. Por tanto, partió de la firmeza del carácter abusivo de la cláusula que fija el interés moratorio y centró la controversia en determinar cuáles son los efectos derivados del carácter abusivo de la cláusula. Alcanzó la conclusión de que ha desaparecido la facultad moderadora o integradora de la cláusula abusiva atribuida al juez y que la consecuencia ha de ser la de tener la cláusula abusiva por no puesta.

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, interpuso recurso de casación el banco. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación.

NOTA.—El artículo 24.1 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, dispone que «en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil». El apartado 2 de este precepto establece que «las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario». (*J. M.^a M. F.*)

19. Efecto restitutorio del artículo 6.1 Directiva 93/13 y cláusula de gastos en contratos de préstamo hipotecario, aplicación analógica de las reglas del pago de lo indebido.—La Sala 1.^a reitera su doctrina que excluye la aplicación del artículo 1303 CC a la restitución de cantidades derivadas de la nulidad, por abusiva, de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios. Tratándose de pagos realizados por el consumidor a un tercero, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho que impondría el artículo 6.1 Directiva 93/13 conduce a obligar al prestamista a abonar al consumidor las cantidades que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la cláu-

sula abusiva y que el consumidor abonó indebidamente (SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo). A juicio de la Sala 1.^a se trata esta de una situación asimilable al «enriquecimiento injusto», en tanto que la entidad financiera prestamista se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le habría correspondido afrontar y que, por mor de la cláusula declarada abusiva, desplazó al consumidor. Esto le permite aplicar también analógicamente los artículos del Código civil referidos al pago de lo indebido (sobre todo, arts. 1895, 1896 y 1897 CC). En particular, considera aplicable el artículo 1896 CC, pensado para el caso de mala fe del *accipiens*, sobre la base de la valoración *ex post* de que la declaración de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente.

Devengo del interés legal a restituir junto con la cantidad.—En cuanto al devengo del interés que prevé este último precepto, estima que se produce desde el momento en que se recibió la cantidad dineraria a restituir, y no desde el momento de interposición de la demanda o reclamación extrajudicial. (STS de 19 de diciembre 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 12 de septiembre de 2012 la entidad financiera A celebró un contrato de préstamo hipotecario con el prestatario B, que fue elevado a escritura pública y en el que se incluyó una cláusula por la cual correspondía a B el pago de todos los gastos generados por el contrato.

B demandó a A solicitando la nulidad de dicha cláusula y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas derivadas de su aplicación.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda en parte y condenó a la prestamista a abonar las cantidades abonadas en concepto de gastos de tasación y gestoría, más los intereses legales desde dicha fecha. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de A solo sobre el particular relativo al interés que habrían de devengar las cantidades a abonar por el banco, que sería el del artículo 1108 CC desde la fecha de la reclamación extrajudicial.

Frente a esta sentencia, B interpuso recurso de casación denunciando la infracción del artículo 1303 CC en relación con el artículo 6.1 Directiva 93/13, sobre contratos celebrados con consumidores. (A. I. R. A.)

20. Inaplicación de la Ley de la usura a los intereses moratorios.—

La Sala 1.^a reitera su doctrina según la cual, dada la distinta naturaleza de los intereses moratorios y remuneratorios, a estos últimos no se les debe aplicar la Ley de Usura de 1908, pues en esta norma se hace referencia únicamente a los intereses retributivos en un contrato de carácter bilateral, onerosa y conmutativa, para proteger la equivalencia entre las prestaciones. Mientras tanto, los intereses moratorios constituyen una reparación del daño que experimenta el acreedor prestamista ante el impago o la mora (STS 44/2019, de 23 de enero); y añade que solamente cabe considerar los intereses moratorios como un elemento más que permite considerar el préstamo usurario en su conjunto

No condición de consumidor de una sociedad mercantil.—No tiene la condición de consumidor una sociedad mercantil que contrata un préstamo para refinanciar las deudas de su ámbito empresarial, aunque parte del capital

prestado se destinase a paralizar la subasta de la vivienda hipotecada de uno de los socios para garantizar las deudas empresariales; ello en atención a que e l socio participa en la actividad empresarial y tiene una vinculación funcional con la propia sociedad. (STS de 5 de marzo de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 23 de enero de 2009 la sociedad mercantil A suscribió una escritura por la que se elevaba a público un contrato de préstamo por la cantidad de 138.475 euros, celebrado entre esta y Dña. B, como prestataria. El préstamo se había de devolver en un plazo de seis meses y en garantía de la devolución se hipotecó un local comercial, propiedad de A. El interés remuneratorio era del 8 % anual y el moratorio del 29%. Resultando impagado el préstamo, B instó un procedimiento de ejecución hipotecaria.

A demandó a B solicitando la nulidad del contrato de préstamo y la ejecución hipotecaria, al considerar que la cantidad escriturada no se correspondía con la recibida realmente (99.476,50 euros) y que, en consecuencia, el interés remuneratorio era del 89,54 %, lo que lo convertía en usurario.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por no considerar probadas las alegaciones esgrimidas por B; por no someterse el interés moratorio a la Ley de la Usura; y por no resultar posible un control de abusividad respecto de los intereses moratorios, al tratarse de una operación comercial, y no de consumo. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial confirmó el fallo de la instancia. Ante ello, A interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo. (A. I. R. A.)

21. Aplicación e interpretación del concepto de gran invalidez contenido en la legislación sobre responsabilidad civil en accidentes de circulación.—En la tabla IV del anexo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (LRCSCVM), se describe a los «grandes inválidos» y se incluye una enumeración ejemplificativa de supuestos. El Tribunal Supremo entiende que la clave para apreciar la concurrencia de la noción jurídica de gran invalidez a efectos de aplicación del factor de corrección contenido en la LRCSCVM es la necesidad de ayuda de otra persona para realizar actividades esenciales de la vida, sin que sea preciso para su apreciación que la ayuda deba de ser integral porque ello supondría penalizar a quien, con su sacrificio personal y capacidad de auto-superación, consigue avanzar, limitadamente, para mitigar su situación.

A su vez, la cuantía indemnizatoria máxima fijada por la LRCSCVM por este concepto debe ser ponderada en función de la edad de la víctima, el grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales para la vida y si la ayuda de un tercero se requiere de forma integral o solo parcial.

Valoración del lucro cesante en virtud de la LRCSCVM vigente hasta 31 de diciembre de 2015 relativo al trabajo doméstico.—Los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ocurridos antes del 1 de enero de 2016, se regirán por la versión de la LRCSCVM en vigor hasta el 31 de diciembre de 2015. Esta versión no prevé cómo debe compensarse el trabajo doméstico si quien lo lleva a cabo sufre unas lesiones

que, de modo permanente, le impiden realizarlo. Por tanto, se debe recurrir a la incapacidad permanente parcial, total o absoluta de la tabla IV de la LRCSCVM y al factor de corrección por perjuicio económicos, el cual alcanza hasta el 10% de incremento sobre las indemnizaciones básicas, dando por supuesto que, al no existir un epígrafe específico para las personas dedicadas en exclusiva a las tareas del hogar, resulta razonable considerarlas incluidas en el epígrafe de «víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos». En ambos casos, se entiende que quedan cubiertos tanto perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales.

Supuestos de aplicación del baremo del anexo de la LRCSCVM en vigor hasta el 31 de diciembre de 2015.—Se aplica y produce plenos efectos independientemente de que en el evento dañoso concorra culpa, civil o penal, del conductor.

Invalideces concurrentes.—La tabla IV de la LRCSCVM contiene un factor de corrección que trata de compensar daños morales complementarios. Este factor resulta de aplicación para el caso de que una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90. La aplicación del factor de corrección requiere de la acreditación de una situación de incapacidad añadida, la cual solo puede apreciarse cuando la concurrencia de las lesiones suponga por sí misma una agravación de la entidad fisiológica del conjunto de las secuelas no prevista en las tablas al valorar las invalideces o establecer los factores de corrección. Por tanto, no cabe confundir la concurrencia de invalideces con una multiplicidad de afecciones orgánicas y funcionales, determinantes de una única invalidez. (**STS de 19 de diciembre de 2018**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Ester y Jaime, esposos, demandan a la aseguradora LUNA en diciembre de 2014, reclamando 3.000 € en concepto de indemnización por las graves lesiones que sufrió Ester al ser atropellada.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena a LUNA a pagar a Ester 50€ (500 € de condena por diversos conceptos menos 450 ya pagados a cuenta de dicha indemnización).

La sentencia de primera instancia es recurrida por Ester y Jaime e impugnada por LUNA. En enero de 2018, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, fijando una cuantía a indemnizar a Ester de 1.000€, de los que 170 correspondían a su declaración como incapacitada permanente absoluta.

Ester interpone recurso de casación fundado en cuatro motivos. El primero de ellos, relativo a la existencia en su persona de secuelas permanentes que le impiden realizar por sí misma actividades esenciales de la vida diaria, es estimado. De tal modo, es declarada como persona con gran invalidez, a diferencia de la declaración de incapacidad permanente total realizada por la Audiencia. Los otros tres motivos en que se funda el recurso de casación son desestimados.

La cuantía indemnizatoria máxima derivada de la declaración de gran invalidez que fija la LRCSCVM es de 350 €, la cual, tras ser ponderada por la edad, el grado de incapacidad y la necesidad de ayuda integral o parcial por parte de Ester, es fijada en 200 €, cantidad que sustituye a los 170 establecidos por la Audiencia. (*T. R. C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

22. Actos de disposición y adquisición de inmuebles por comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.—Las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal no pueden ser titulares registrales de bienes, por carecer de personalidad jurídica. En consecuencia, la comunidad no puede ser titular registral ni es posible que sin tal personalidad pueda ser propietaria de un bien y, por extensión, ser titular registral del asiento de inscripción correspondiente. Tampoco cabe inscribir a nombre de la comunidad de propietarios la adquisición por ésta de un elemento privativo que se va a destinar a fines comunes, pero sí su inscripción como elemento procomunal. También se ha de admitir el acceso registral de bienes a favor de la comunidad de propietarios en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios. Ahora bien, esta inscripción a favor de la comunidad de propietarios debe reputarse como una situación excepcional y transitoria, pues no es una finalidad de las comunidades de propietarios ser titulares permanentes de bienes, por lo que posteriormente debe procederse a su atribución a los copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común. Finalmente, también se admite que la finca sea adquirida por todos y cada uno de los propietarios, y no por la comunidad, en cuyo caso la inscripción no sería a favor de ésta.

Legitimación activa de las comunidades de propietarios.—Las comunidades de propietarios están legitimadas activamente para ejercitar la acción de reclamación de las cantidades vencidas y no pagadas por los vecinos (art. 6.1.5.º LEC). Sin embargo, al carecer de capacidad procesal, la comunidad ha de ser representada por su presidente (arts. 7.6 LEC y 13.3 LPH), que, como establece el artículo 13.2 LPH, debe ser nombrado entre los propietarios. A la comunidad, representada por su presidente, le incumbe la defensa de sus intereses en todos los asuntos que le afecten, según establece el artículo 13.3 LPH. (STS de 8 de enero de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—R interpuso demanda contra la comunidad de propietarios de la que formaba parte, por la que pretendía impugnar el acuerdo adoptado por la junta de propietarios el día 9 de marzo de 2013 y su nulidad. La demandante consideraba que dicho acuerdo debía ser anulado, por ser contrario a la ley, ya que no había sido acordado por unanimidad de todos los propietarios, tal como exigen los artículos 17 y 18 LPH, por afectar al título constitutivo. Además, añadió que los acuerdos de permuta eran nulos de pleno derecho porque la comunidad de propietarios carece absolutamente de legitimación para suscribirlos, pues la Ley de Propiedad Horizontal no le reconoce personalidad jurídica. El acuerdo considerado nulo era aquel por el que la promotora cedía a la comunidad la propiedad del local, así como el contrato de dación en pago del referido local y el documento de entrega del mismo. Y es que la promotora había hecho constar en la descripción del inmueble en la escritura de obra nueva y división horizontal una superficie del solar de 1.000 metros cuadrados menos de lo que se vendió. Ofrecía para compensar dicha pérdida de metros

transmitir el local comercial de su propiedad, para que pudieran convertirlo en un club social.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que el acuerdo impugnado era contrario a la ley y, por lo tanto, nulo. Añadió que si bien es cierto que se acordó por junta de propietarios que la promotora cedería a la comunidad dicho local, en compensación de la pérdida de metros cuadrados, también es cierto que dicho acuerdo debía ser adoptado por unanimidad de todos los copropietarios, porque afectaba al título constitutivo. Sin embargo, no se había acreditado dicha unanimidad, puesto que la actora siempre se negó a ese acuerdo.

La comunidad de propietarios interpuso recurso de apelación, alegando que el acuerdo de 9 de marzo de 2013 no podía ser impugnado separadamente de otros acuerdos cuya ineficacia no se había solicitado, pues a través del acuerdo de 2013 se pretendían ejecutar las decisiones adoptadas en otros acuerdos anteriores (de 16 de octubre de 2005 y de 28 de junio de 2008). La Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó la sentencia impugnada. Afirmó la legitimación del presidente de la comunidad para recurrir y consideró que la demandante estaba vinculada por tales acuerdos pese a que hubiera adquirido su vivienda con posterioridad, y debía conocer el uso real que se daba al local.

La parte actora interpuso recurso de casación. En primer lugar, la recurrente señala que la sentencia objeto del recurso infringe el artículo 14.e) LPH en relación con el artículo 13.3 LPH, al considerar legitimado *ad causam* al presidente de la comunidad no solo para oponerse a la demanda interpuesta por la actora, sino para interponer el recurso de apelación. El Tribunal Supremo señala que el presidente había actuado en defensa del interés general de la comunidad, no siendo cierto que lo hiciese a espaldas de los comuneros y que éstos fuesen ajenos al litigio, como se infiere del acta de la junta de propietarios de 13 de diciembre de 2014, en la que consta que se debatió ampliamente sobre la cuestión y se informó de la existencia del procedimiento sobre impugnación del acuerdo de 2013 a instancia de la actora. En segundo lugar, alegar, por un lado, la infracción de los artículos 5, 17 y 18 LPH, en relación con la doctrina de los actos propios, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La contradicción estaría en la existencia de acuerdos firmes y consentidos por parte de la comunidad respecto de las juntas celebradas en 2010, en las que se acreditaba la inexistencia de unanimidad para la modificación del título constitutivo, a través del voto en contra de diversos copropietarios, y que han devenido firmes y, por tanto, vinculan a la comunidad de propietarios conforme al principio de actos propios. Y, solicita, por otro lado, la nulidad del acuerdo de 2013, por oponerse a los acuerdos firmes y consentidos adoptados en 2010. Finalmente, la recurrente considera que la sentencia de la Audiencia, al entender que el acuerdo adoptado en 2013 requería simplemente la mayoría, iba contra de la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal que exige la unanimidad de los comuneros para cualquier acto de disposición. A este respecto, el Tribunal Supremo señala que no cabe estimar tales motivos por fundarse en supuestos de hecho que no son de los que

hay que partir. La transacción fue aprobada en 2005 por unanimidad y el acuerdo impugnado de 2013 solo persigue ejecutar lo decidido en aquél. De ahí que acabe desestimando el recurso.

NOTA.—En relación a la falta de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios y las consecuencias que de ello se derivan respecto de actos de disposición, *vid.* las resoluciones de la DGRN de 2 de septiembre y 4 de octubre de 2013, 6 de febrero de 2014 y 12 de febrero de 2016), así como la STS de 6 de noviembre de 1995. Sobre la legitimación activa de las comunidades de propietarios, *vid.* STS de 27 de enero de 2017. (*S. L. M.*)

23. Impugnación de acuerdos adoptados por una comunidad de propietarios.—No es precisa la unanimidad y, por tanto, es válido el acuerdo adoptado por mayoría que acuerde una obra de cerramiento extraordinaria, necesaria y no modificativa, de modo que se limitan los accesos al inmueble en beneficio general. Ello siempre que se cumplan las tres siguientes condiciones: que no se altere el uso originario previsto en el título constitutivo, no se cause un perjuicio a los dueños de los locales y se respete el derecho de tales dueños, de modo que esté abierto el acceso durante las horas en que los locales tengan la facultad de permanecer abiertos.

Por su parte, no toda obra que altere la configuración externa de un inmueble requiere de unanimidad, sino que también se deben valorar los motivos que llevan a la mayoría a acordar dicha obra, así como la eventual regulación en el título constitutivo de la «geografía» de la configuración externa del edificio. (**STS de 6 de marzo de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— La Comunidad de Propietarios El Valle (en adelante, El Valle) adopta dos acuerdos en virtud de los cuales se acuerda por mayoría el cerramiento de una plaza, elemento común del inmueble, por razones de seguridad y evitamiento de daños.

La Montaña, propietaria de dos locales situados en El Valle, demandó a la comunidad de propietarios, solicitando la nulidad de ambos acuerdos. La demanda es desestimada, por considerar que el cerramiento tiene un objetivo legítimo y lícito, además de considerar que el posible perjuicio futuro a La Montaña no puede considerarse como un perjuicio real que requiera un acuerdo adoptado por unanimidad.

La Montaña recurre en apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso, declarando la nulidad de los dos acuerdos, justificada en que la plaza es un elemento común cuya obra de cerramiento modifica la morfología del edificio, por lo que se requiere unanimidad.

El Valle interpone recurso de casación, que es estimado por no ajustarse el razonamiento de la Audiencia a la jurisprudencia de la sala, adoptando así el Tribunal Supremo el razonamiento del juzgado de instancia. (*T. R. C.*)

24. Tercero hipotecario. Artículo 34 LH. Necesidad de que concurra una transmisión a título oneroso y con buena fe en el adquirente,

aunque no se anule o resuelva el título de su transmitente.—Es doctrina de la Sala, respecto del artículo 34 LH, que este precepto ampara las adquisiciones a *non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente. El precepto no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiriera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente (SSTS de 5 de mayo de 2008, 23 de abril y 20 de junio de 2010). Concorre en la sociedad adquirente todas las condiciones para ser considerado tercero hipotecario protegido por la inscripción registral, sin que conste que falte en su actuación la buena fe que, en todo caso, se presume, sin perjuicio de la calificación que hubiera de merecer la actuación de la parte que realizó la dación en pago. Así, la sentencia recurrida no niega la realidad del crédito satisfecho mediante la dación en pago, apareciendo justificado documentalmete; sin que se haya justificado que esta última entidad tuviera conocimiento alguno de que el inmueble (inscrito registralmente a favor de la entidad que formalizaba la dación en pago) pudiera no pertenecer realmente a la titular registral, pues no es suficiente para ello la simple constatación en la escritura de la existencia de poseedores en precario frente a los cuales se había iniciado, incluso antes de la dación en pago, un proceso de desahucio. (STS de 5 de febrero de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—L. C. concertó, mediante un pacto verbal, un acuerdo con L. F. por el cual el primero, interesado en la adquisición de un determinado inmueble, entregaba al segundo el importe del precio de compra con el fin de que este último lo adquiriera a través de una sociedad interpuesta propiedad del comprador aparente, quien lo inscribiría en el Registro de la Propiedad y se encargaría de pagar mensualmente, en nombre de la sociedad, las diferentes cuotas hipotecarias al banco vendedor hasta la completa extinción de la deuda. L. F. contraía además la obligación de traspasar la propiedad a L. C. cuando concurrieran las circunstancias oportunas. Sin embargo, más de quince años después de llevarse a cabo este negocio fiduciario, tiempo durante el cual L. C. había poseído el bien pública, pacífica e ininterrumpidamente, L. F. hizo una dación en pago del inmueble a favor de la mercantil R., S. L. a fin de satisfacer unas deudas que mantenía con esta sociedad. L. C. planteó una acción declarativa del dominio para que se declarase que era el legítimo propietario de la vivienda y se anulara el título de transmisión de L. F. a R., S. L., y que se anulara también todos los asientos registrales que trajeran causa de esa dación en pago. La entidad R., S. L. se opuso y además formuló reconvencción ejercitando una acción reivindicatoria para que se le entregara la posesión de la finca. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda principal y estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial de Tenerife acogió el recurso de apelación del demandante, y declaró que L. C. era el legítimo propietario, así como la nulidad de la dación en pago y de la subsiguiente inscripción registral. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la demandada reconveniente. (L. A. G. D.)

25. Eficacia frente a terceros (tercero hipotecario de buena/mala fe) de la resolución por incumplimiento de un contrato de permuta.—Al tercero hipotecario le alcanza la eficacia de la resolución de un contrato de permuta por incumplimiento en virtud del artículo 1124 CC si, en el momento de la constitución del derecho real de hipoteca sobre el bien permutado, se da cualquier de estas tres circunstancias: si consta anotada la demanda de resolución en el Registro de la Propiedad; si consta inscrita en el Registro una condición resolutoria expresa; o si no existe buena fe, aunque no se haya inscrito una condición resolutoria expresa.

Hay mala fe por parte del tercero hipotecario cuando concede una hipoteca sobre un bien adquirido por su titular mediante contrato de permuta, contrato respecto del que el titular del bien hipotecado no ha cumplido sus obligaciones contractuales, conociéndolo el tercero hipotecario quien, no obstante, le concede el préstamo hipotecario a sabiendas de que no lo va a destinar al cumplimiento de dichas obligaciones. Otra circunstancia que remarca la existencia de mala fe en el tercero hipotecario es que sea él mismo quien negocie la adquisición, por parte de una empresa de su grupo, del bien objeto del contrato de permuta con anterioridad al vencimiento del préstamo hipotecario, sin pagar precio y a cambio de asumir la deuda, sorteando así la eventual obligación de restitución en especie que se derive de la resolución del contrato de permuta por incumplimiento. (**STS de 5 de diciembre de 2018**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Ana celebra con María un contrato de permuta especial (solar por obra futura) sobre tres fincas en marzo de 2003. En julio de 2007, María celebra con El Barco un contrato de préstamo hipotecario sobre las tres fincas. En noviembre de 2008, María vende a El Libro (que es una empresa de un grupo perteneciente a El Barco) las tres fincas, asumiendo la deuda hipotecaria que pesaba sobre tales fincas.

Ante el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, Ana demanda a María en octubre de 2009. En junio de 2015, el Juzgado de Primera Instancia declara resuelto el contrato de permuta por incumplimiento de María, obligando a esta a abonar a Ana el equivalente en metálico correspondiente al valor de las prestaciones no ejecutadas. El Barco y El Libro quedan absueltos por ausencia de mala fe.

Ana recurre en apelación porque considera que tanto El Barco como El Libro son terceros de mala fe, dado en que en las fechas en que celebraron sendos contratos, ambos sabían que María había incumplido sus obligaciones contractuales para con ella. La Audiencia Provincial estima el recurso, declarando la resolución del contrato de permuta, que vuelvan a ser propiedad de Ana las tres fincas objeto de dicho contrato y que se cancelen las inscripciones realizadas en el Registro de la Propiedad a favor de María. Asimismo, declara que El Barco y El Libro no son terceros de buena fe: El Barco, cuando concedió el préstamo hipotecario a María, sabía que esta había incumplido sus obligaciones contractuales para con Ana y que, además, María no iba a dedicar el préstamo al cumplimiento de estas obligaciones, aunque fuera extemporáneamente; y El Libro, como empresa de un grupo perteneciente a El

Barco, no era ajeno a esta realidad, de modo que adquirió las fincas con asunción de la deuda con el único objetivo de evitar que María eventualmente tuviera que restituirlas a Ana. Por tanto, la Audiencia Provincial acuerda cancelar todas las inscripciones respecto de las tres fincas en que El Barco o El Libro estuvieran relacionados.

El Barco y El Libro interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima ambos recursos. (T. R. C.)

DERECHO DE FAMILIA

26. Divorcio: Modificación de medidas definitivas: Custodia compartida.—El presente recurso trae causa de demanda de modificación de medidas definitivas adoptada en juicio de divorcio, promovida por el progenitor no custodio, interesando la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida respecto del hijo común —nacido en 2010— en sustitución del régimen de guarda y custodia materna que habían pactado los progenitores de mutuo acuerdo en el anterior procedimiento de divorcio, cuando el menor contaba con un año de edad.

La sentencia de primera instancia estima la demanda ejercitada, estableciendo un régimen de guarda y custodia compartida, con alternancia semanal, al considerar, a la vista de lo probado, que es lo más ajustado y beneficioso para el menor, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, edad del menor, habilidades y aptitudes de los padres. Explica que ambos reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de responsabilidades parentales y que la madre alega lo perjudicial que sería para el menor un cambio de custodia, sin dar argumentos suficientes que justifiquen el rechazo. Explica que los progenitores han ampliado, de hecho, el régimen de estancias y visitas a favor del padre, acordado en el convenio regulador del divorcio, de forma que el menor, pernocta los domingos alternos con el padre, ve a su padre una tarde a la semana, desde la salida del colegio a las 20,00 horas, y otros dos días acude al colegio a ver a su hijo y otros dos días va a casa de la madre para jugar con él, las vacaciones escolares se reparten entre ambos progenitores por mitad; ambos progenitores tienen domicilios cercanos, 4 kms de distancia; cuando el menor enferma acuden al médico ambos progenitores, así como a las reuniones y tutorías del colegio. Relata que no hay relación entre ellos, pero es cordial, reconociendo la madre en el interrogatorio que la relación del padre con el menor es muy buena, y éste le quiere mucho.

Formulado recurso de apelación por la madre demandada, la Audiencia Provincial de Madrid, estima el recurso, desestimando la demanda formulada. Considera la Sala de apelación que no se ha producido ni acreditado cambio «sustancial» o importante de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento en que se establecieron las medidas definitivas por acuerdo entre las partes. Destaca que es normal el transcurso del tiempo y los cambios del menor, pero no son los que se exigen para operar la modificación de medidas. Y así expone que se han ampliado las visitas por consenso de ambas partes, que la madre lleva ejerciendo la custodia exclusiva de forma satisfactoria, por pacto entre los progenitores, que la solicitud de custodia compartida implica reconocer, y es favorecedora de las relaciones padre e

hijo, ayudando a la ampliación de las visitas, incluso refiriendo que «luego no debe convertirse este proceso como un castigo al buen hacer y generoso de la madre».

Frente a la citada resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, por el padre demandante se formula recurso de casación fundado en dos motivos: el primero, por infracción del artículo 90.3 CC pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala 1.^a, no resultaría necesario un cambio «sustancial» de las circunstancias, pues la ley prevé las nuevas necesidades de los hijos como fundamento para modificar dichas medidas, con base al principio del interés del menor. Explica la situación tan distinta existente cuando se pactó el convenio del actual, pues en aquél momento el menor era un bebé y actualmente cuenta con nueve años y cita STS de 13 de abril de 2016, 19 de julio de 2013 y 12 de abril de 2016, en cuya virtud se exige el interés del menor; el segundo por infracción del artículo 92.3 y 91 *in fine* CC, artículo 755 LEC y 14 CE, el principio del *favor filii*, el artículo 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del niño, artículo 39 CE, y artículo 2 LO 1/1996, cita como infringida la doctrina contenida en SSTS 13 de abril de 2016, 29 de noviembre de 2013 y 26 de junio de 2015. La Sala dictó Auto de 10 de octubre de 2018 por el que acordó admitir el recurso. La parte recurrida formalizó escrito de oposición al recurso, alegando, en esencia, la ausencia de un cambio sustancial de circunstancias. El Ministerio Fiscal, con citas actualizadas de ss. de la Sala, interesó la estimación el recurso.

Doctrina jurisprudencial.—La sentencia de 27 de septiembre de 2017 recoge el cuerpo de doctrina de la Sala sobre la cuestión que la parte recurrente somete a consideración, y de ahí el interés casacional del recurso:

El artículo 90.3 CC establece que: «Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges». El precepto viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto (STS de 24 de mayo de 2016). Es por ello que «Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en STS de 17 de noviembre de 2015, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: (i) La menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) Los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la STS de 26 de junio de 2015, que valora que «en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad». Añade que no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida» (STS de 16 de marzo de 2016). El

transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. Como afirma la STS de 4 de abril de 2018, de mantenerlo así la sentencia recurrida «petrifica la situación del menor de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cual sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica de 22 de julio de 2015, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la STS de 17 de noviembre de 2015».

En aplicación de la anterior doctrina, procede estimar el recurso de casación en sus dos motivos, por contradecir la sentencia recurrida dicha doctrina, con argumentos y citas jurisprudenciales ya superadas. A la fecha en que se dicta la sentencia recurrida (9 de abril de 2018), ya existían las ss. de la Sala que se han citado; por lo cual si se hubiera acudido a ellas, y en estrecha relación con los argumentos de la sentencia de primera instancia, la confirmación de ésta no ofrecía problema, evitándose a la parte un recurso con resultado previsible.

De conformidad con los artículos 394.1 y 398.1 LEC, no se imponen al recurrente las costas del recurso de casación. Por desestimar el de apelación se condena a la parte recurrente de este recurso a las costas ocasionadas por él. **(STS de 26 de febrero de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—Tema controvertido surgido en el proceso legislativo de reforma por etapas del *Ius Familiae*. Así lo recoge RAMS ALBESA (en Lacruz *et alri*, «Elementos de Derecho Civil» IV, 2.ª ed. Dykinson, Madrid 2005 p. 99) al afirmar que contra la opinión de muchos de los interesados, de expertos en educación de hijos afectados por la crisis matrimonial de sus progenitores y de una parte de la doctrina, el legislador ha apostado por la guarda y custodia de los hijos compartida por sus padres. Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE («Curso», IV, 5.ª ed., Edisofer SL, 2016, pp. 201 ss.) ha seguido el proceso legislativamente con detalle: La introducción formal de la custodia compartida se produjo inicialmente de forma tímida, sujeta a importantes requisitos que de hecho restringían sus posibilidades de aplicación. Esta regulación ha tenido dos efectos aparentemente contradictorios: 1) Frente a la antigua jurisprudencia que antes de la reforma de 2005 negaba esta posibilidad, la norma deja claro que es una opción legal y posible; 2) la actual regulación introduce controles y exigencias, restringiendo, desde el punto de vista práctico las posibilidades de acudir a este régimen. Si inicialmente esta reforma apenas supuso variación en las pautas judiciales sobre el tema, a partir de 2009 cabe señalar un aumento significativo de las resoluciones judiciales que acuerdan este sistema. Algunas Comunidades Autónomas se han inclinado como preferente por la custodia compartida (Aragón, Cataluña, Valencia, País Vasco, y Navarra pero sin darle preferencia). La STC de 17 de octubre de 2012 ha declarado inconstitucional el requisito de que sea favorable el informe del Ministerio Fiscal. El autor reconoce algunas ventajas

en orden a la implicación de ambos progenitores en la guarda y custodia, alerta sobre el riesgo de perpetuar enfrentamientos. Por otra parte, más que de ejercicio conjunto de la guarda, hay que hablar de ejercicio alterno de la guarda. Concluye que será una decisión a adoptar con prudencia y deberá ser revisada regularmente para comprobar su correcto funcionamiento. (G. G. C.)

27. Divorcio: Pensión compensatoria. Función: compensación del desequilibrio económico provocado a uno de los cónyuges por la crisis matrimonial, y no la equiparación de sus economías dispares. Momento temporal para apreciar el desequilibrio económico.—La pensión compensatoria (art. 97 CC) no posee carácter alimenticio al no venir determinada por una situación de necesidad de uno de los cónyuges, sino por el desequilibrio económico que produce la ruptura a uno de ellos. Tampoco su función es permitir al cónyuge más desfavorecido por la crisis matrimonial seguir disfrutando de un nivel económico similar al que poseía antes de aquélla, dado que tal nivel de vida pretérito quiebra necesariamente con la ruptura (STS de 22 de junio de 2011). Para el establecimiento de una pensión compensatoria resulta preciso ponderar el conjunto de circunstancias previstas especialmente en el artículo 97 CC que, además, como señala su último párrafo, permite tomar en consideración «*cualquier otra circunstancia relevante*». El momento al que debe referirse la apreciación del posible desequilibrio económico es el de la ruptura matrimonial, lo que resulta compatible con la valoración de las circunstancias establecidas en el artículo 97 CC a través del examen de lo sucedido durante el matrimonio. (STS de 14 de febrero de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En un procedimiento de divorcio iniciado por el esposo en 2014, se plantea, en lo que aquí interesa, si procede la concesión de la pensión compensatoria solicitada por la esposa. El matrimonio se contrajo en 1988 bajo el régimen de separación de bienes, que mutó al de gananciales en 2000. La esposa había trabajado hasta 1996 y era cotitular de una sociedad patrimonial con el esposo y se encuentra cualificada profesionalmente. Antes de la crisis matrimonial había comprado una vivienda y había recibido del esposo otra en donación. Además, con anterioridad a la ruptura había realizado ciertos actos de disposición tales como la compra en 2001 de una parcela sobre la que se construyó la vivienda familiar que donó a sus hijos con reserva de usufructo y facultad de disponer, el rescate de un seguro y la transferencia del capital a favor de una de sus hijas. El Juzgado de Primera Instancia concedió una pensión compensatoria temporal de 27.000 € mensuales porque, a pesar de constar que la esposa poseía un importante patrimonio personal, el divorcio le produjo un desequilibrio económico atendiendo a su edad, cercana a los sesenta años, la duración del matrimonio, la escasa posibilidad de retomar su carrera profesional abandonada casi veinte años antes, o de iniciar otra, su dedicación a la familia y al actor, y el elevado nivel de vida de que venía disfrutando la familia gracias a los ingresos del marido. Interpuesto recurso de apelación por el marido, la Audiencia Provincial deniega la pensión compensatoria al

no apreciar un desequilibrio económico compensable porque la esposa, al margen de su trabajo, se había enriquecido durante el matrimonio poseyendo un patrimonio propio; debe asumir las consecuencias de los actos de disposición voluntariamente realizados, y además puede obtener rendimiento de su patrimonio restante. La esposa interpone recurso de casación articulado en dos motivos en los que denuncia infracción del artículo 97 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta. En el primero argumenta que la Audiencia Provincial equipara la situación de desequilibrio económico a una situación de insolvencia que hace imposible apreciar aquél; y en el segundo razona que ha valorado la existencia de desequilibrio con referencia a un momento temporal diferente al de la ruptura, al tomar en consideración actos de disposición realizados con consentimiento de su esposo antes de la crisis matrimonial. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

NOTA.—Dado que la sentencia toma en consideración la posible obtención por la peticionaria de rendimientos procedentes de su patrimonio, conviene precisar que no es óbice para el reconocimiento de la compensación la independencia económica de los cónyuges, al no concebirse como alimenticia y no encontrarse su razón de ser en la necesidad del cónyuge perceptor, sino en la existencia de una situación de desequilibrio (STS de 4 de diciembre de 2012). (F. S. N.)

28. Divorcio. Pensión compensatoria: Factores relevantes para el nacimiento y determinación de su cuantía, de acuerdo con el artículo 97 CC.—

Existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges en atención a las circunstancias del artículo 97 del CC: la edad del cónyuge con derecho a ella, su falta de cualificación profesional, su dedicación a la familia durante el tiempo de matrimonio, su condición de víctima de violencia de género (de acuerdo a la circunstancia novena del mencionado precepto, que alude a *cualquier otra circunstancia relevante*); también que, si bien realizó el cónyuge algún trabajo esporádico, no figuraba de alta en ningún régimen de la seguridad social y que la prestación que había cobrado como víctima de violencia de género había sido puntual; los ingresos del cónyuge obligado a prestarla y la cantidad que el esposo entregaba a la esposa durante la convivencia matrimonial, así como los gastos de consumo fijos que ésta justificó.

Incongruencia *extra petita*: Supresión en la audiencia de los alimentos fijados en favor del hijo de ambos cónyuges en primera instancia, sin pedirlo las partes ni ser objeto de discusión.—Al suprimir la audiencia la pensión a favor del hijo sin pedirlo las partes ni haber sido objeto de discusión, resuelve más allá de las pretensiones articuladas en el proceso lo que da lugar a incongruencia (SSTS 551/2014, de 20 de octubre, y 450/2016, de 1 de julio, entre otras). (STS de 26 de febrero de 2019; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Tomasa y Luis contrajeron matrimonio el 19 de febrero de 1987. Tuvieron un hijo que nació ese año. Tras denuncia de Tomasa el 11 de julio de 2006, se incoaron diligencias previas ante el juzgado de violencia sobre la mujer. El 15 de septiembre de 2006 los cónyuges firmaron un convenio regulador y por sentencia

de 12 de diciembre de 2006 se decretó su divorcio. Pese a ello, se mantuvo la convivencia en la vivienda familiar hasta enero de 2007, fecha en que Tomasa abandonó la vivienda para volver en septiembre de 2007. El 11 de septiembre de 2009, Tomasa y Luis contrajeron nuevo matrimonio. El 22 de julio de 2015, Luis agredió a Tomasa. Por sentencia penal de 22 de marzo de 2017, fue condenado a cinco años de prisión. El 8 de noviembre de 2016, Tomasa presentó demanda de divorcio. Como medidas definitivas solicitó la atribución del uso de la vivienda y una pensión compensatoria de 1.000 euros al mes y, subsidiariamente, para el caso de que no se le adjudicase el uso de la vivienda, una pensión de 1.500 euros al mes. Luis se opuso e interesó que se le atribuyera a él el uso de la vivienda y que se fijara una pensión compensatoria para su cónyuge de 225 euros al mes durante seis meses. El 23 de febrero de 2017 el juzgado de violencia decretó el divorcio, atribuyó el uso de la vivienda a Tomasa y fijó una pensión compensatoria a su favor de 700 euros al mes. La audiencia confirmó la sentencia del juzgado, excepto en el uso de la vivienda sobre el que no se pronunció, suprimió la pensión alimenticia del hijo común y redujo la pensión compensatoria de 700 € al mes, a 300 € mensuales. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por Tomasa y confirmó íntegramente la dictada en primera instancia. (*I. D.-L.*)

DERECHO MERCANTIL

29. Juicio cambiario: Oposición cambiaria. Excepciones oponibles por el deudor cambiario frente al tenedor de pagarés emitidos no a la orden y transmitidos mediante cesión de créditos. Excepción de falta de legitimación pasiva.—El artículo 67 LCCh, aplicable al pagaré por la remisión realizada en el artículo 96 de la misma ley, permite al deudor cambiario oponer excepciones basadas en sus relaciones personales con el tenedor del pagaré, tanto con base en el incumplimiento total como parcial del contrato que subyace a la emisión del título. Sin embargo, excede del ámbito de conocimiento del juicio cambiario el enjuiciamiento de créditos compensables (STS de 10 de julio de 2013, que cita las de 23 de enero y 5 de diciembre de 2012). La aplicación tal doctrina impide que en un juicio cambiario el firmante de un pagaré oponga al tenedor que lo adquirió a través de cesión de crédito, que el crédito en cuyo pago se emitió se ha extinguido como consecuencia de una compensación producida entre firmante y cedente. Tal excepción debe plantearse en un juicio declarativo ordinario aunque se estime que el cesionario de un título valor se subroga en la posición jurídica del anterior titular del crédito, con la consecuente posibilidad de que el deudor cambiario le oponga excepciones personales que tuviera frente al cedente. No existe falta de legitimación pasiva aunque conste en la antefirma de los pagarés el nombre de otra entidad dado que encima de ella aparece estampillado el logotipo de la entidad demandada a modo de nombre comercial, y ésta no opuso dicha falta de legitimación extrajudicialmente cuando tuvo oportunidad. (**STS de 13 de febrero de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Una entidad financiera, tenedora de cuatro pagarés emitidos no a la orden y, por tanto, adquiridos mediante cesión de créditos, interpone demanda de juicio cambiario frente a la entidad firmante de ellos y contra la entidad que se los cedió. Tales pagarés habían sido librados por la comitente para el pago a una entidad contratista, a la postre cedente de tales efectos a la financiera. La firmante de los pagarés presentó demanda de oposición en la que excepcionó su falta de legitimación pasiva negando que tres de los pagarés fueran firmados en su representación al aparecer en la ante-firma el nombre de otra entidad; así como la extinción del crédito del contratista en cuyo pago se emitieron los pagarés, como consecuencia de una compensación por pagos laborales que correspondían al contratista y había tenido que realizar la comitente, de excesos de facturación y gastos por ejecuciones defectuosas. El Juzgado de Primera Instancia desestima las excepciones opuestas. Presentado recurso de apelación por la entidad firmante, fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se resuelve el alcance de las excepciones oponibles frente al tenedor de un pagaré con el que su firmante no mantiene una relación subyacente, pero que al ser emitido «no a la orden» tuvo que adquirirse necesariamente mediante cesión de créditos (sin poder endosarse —art. 14 LCCh—) lo que supuso la subrogación del tenedor actual-cesionario en la posición del cedente (art. 24 LCCh). Tal cesión y consecuente subrogación permiten al deudor cambiario oponer frente al tenedor actual las excepciones fundadas en sus relaciones personales con los tenedores anteriores, salvando, por tanto, la prohibición que de ordinario, para la transmisión de los títulos mediante endoso, contempla el artículo 20 LCCh. Sobre la oponibilidad frente al tenedor actual de las excepciones basadas en las relaciones personales con los anteriores en los casos de cesión de créditos, pueden verse las SSTs de 29 de marzo de 2007 y 6 de junio de 2011. No obstante, el Alto Tribunal concluye que lo anterior no puede llevar a convertir el juicio cambiario en un juicio declarativo ordinario, al no limitarse la excepción al incumplimiento del contrato al que obedece el libramiento de los pagarés, sino pretenderse por el deudor discutir la liquidación de un contrato de obra con operaciones complejas como la compensación de créditos y excesos de facturación. (*F. S. N.*)

DERECHO PROCESAL

30. Acciones declarativas.—Se admite la procedencia de las pretensiones meramente declarativas, en las que la parte demandante tan solo pretende que el tribunal declare la existencia de un derecho, sin pronunciamiento condenatorio alguno, porque así considere restituida la paz jurídica o porque pretenda hacer valer el pronunciamiento declarativo prejudicialmente en otro proceso en que pretenda la condena. No obstante, el ámbito de estas acciones es restringido, pues de la acción declarativa solo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello al existir una duda o controversia y una necesi-

dad actual de tutela. Por tanto, el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica.

De igual modo, toda acción declarativa ha de responder a la existencia de un interés legítimo en quien la ejecuta, dado que este tipo de acción no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. Por tanto, este interés legítimo es requisito del ejercicio de toda acción declarativa.

Con relación a esta cuestión y en virtud del artículo 5 LEC, de los Tribunales se puede pretender: (i) la condena a determinadas prestaciones; (ii) la declaración de existencia de derechos y de situaciones jurídicas [...]. En el caso de condena, esta incluye dentro de su objeto –por definición– una previa declaración de derechos como presupuesto sobre el que fundar el pronunciamiento condenatorio. Por tanto, en los casos en que se pretenda de los Tribunales la condena a determinadas prestaciones, la ausencia en el fallo de la sentencia de pronunciamiento explícito sobre la existencia del derecho o situación jurídica en la que se base dicha condena no supone ni una incongruencia interna por contradicción entre los pronunciamientos jurídicos y el fallo de la sentencia ni una omisión de pronunciamiento. Por tanto, el carácter imprescindible de un pronunciamiento declarativo en el fallo de una sentencia solo existe en los casos de ejercicio de una acción meramente declarativa. (STS de 5 de marzo de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—En septiembre de 2005, Nicolás, Emilia y Eloísa celebran cuatro acuerdos transaccionales, sobre la forma y condiciones de la distribución del importe global que el Grupo Amado recibe de Repsol.

Emilia y Eloísa carecen de poderes para actuar en nombre e interés de Nicolás y, además, incumplen estos acuerdos transaccionales. Eloísa ha actuado como administradora de hecho de las sociedades que integran el Grupo Amado, del que Nicolás es el completo propietario. Nicolás se disputa con Eloísa la propiedad de la mitad de dos fincas.

Nicolás demanda en junio de 2009 a Emilia y a Eloísa. La demanda es estimada parcialmente, declarando la validez de los citados acuerdos transaccionales y que ni Emilia ni Eloísa están facultadas para realizar cualquier acto en nombre y representación de Nicolás. Con relación a las fincas que Nicolás reclamaba, declara la sentencia que efectivamente es él su legítimo propietario al 50%, por lo que las codemandadas deben otorgar las pertinentes escrituras.

La sentencia de instancia es recurrida por Nicolás y por Emilia y Eloísa. Eloísa en este momento se allana a la pretensión de condena relativa al cese del régimen de indivisión de las dos fincas objeto de litigio. El recurso es estimado parcialmente, declarando la validez de los acuerdos transaccionales pero sin hacer mención en el fallo a dicha pretensión de condena sobre el cese del régimen de indivisión de las dos fincas.

Nicolás interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Este último fue inadmitido. El recurso extraordinario por infracción procesal es estimado, fundamentado

en la incongruencia interna por contradicción entre los fundamentos de derecho y el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial, dado que no se incluye en su fallo ningún pronunciamiento sobre la pretensión declarativa que Nicolás pretende relativa al cese del régimen de indivisión de las dos fincas.

Por tanto, la sentencia de la Audiencia Provincial es complementada por el Tribunal Supremo con el pronunciamiento declarativo omitido respecto del cese del régimen de indivisión sobre las fincas objeto del litigio. (*T. R. C.*)