

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

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

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTIZ** (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid), **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), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid), **Jose María MARTÍN FABA** (Profesor Ayudante de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Ricardo PAZOS CASTRO** (Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil, Universidad de Burgos), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Investigador predoctoral FPU, Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor asociado de Derecho civil, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Derecho de la persona. 2. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 3. Derechos reales. Derecho hipotecario. 4. Derecho de familia. 5. Derecho de sucesiones.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. La colocación de cámaras disuasorias como intromisión ilegítima al derecho a la intimidad.—El derecho a la intimidad permite a su titular resguardar un ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una mínima calidad de vida. Cada persona tiene derecho a llevar su propia existencia como ella la entienda, con el mínimo de interferencias exteriores, pudiendo imponer a los demás el deber de abstenerse de intromisiones en ese espacio de privacidad. La constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales está condicionada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Para que una medida restrictiva de un derecho fundamental sea acorde con dicho principio, debe cumplir tres requisitos: 1) que tal medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); 2) que sea necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); 3) que sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Para determinar si una intromisión en la intimidad es legítima o no, debe comprobarse que el afectado no haya adoptado pautas de comportamiento que permitan entender que consintió el público conocimiento de tales aspectos privados, pues la esfera de la intimidad personal está en directa relación con la acotación que de la misma realice su titular, a quien únicamente corresponde esta delimitación. (**STS de 7 de noviembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El demandante es propietario de una fina rústica con vivienda. La demandada es una mercantil propietaria de una finca, colindante con la anterior, que soporta una servidumbre de paso para el acceso de personas, vehículos y animales a través de un camino. En fecha no determinada, la mercantil instaló en la fachada dos cámaras de seguridad que tenían una función disuasoria y no eran aptas para grabar, almacenar ni reproducir imágenes. Por cómo se orientaron, al menos una de las cámaras generaba la apariencia de que podía captar imágenes no sólo del camino de acceso y de las entradas y salidas de la finca del demandante, sino también del jardín de su vivienda.

El actor interpuso demanda de protección de su derecho a la intimidad, alegando: 1) que las cámaras enfocaban las entradas y salidas de su finca; 2) que no existían razones de inseguridad, riesgo o emergencia que justificaran su instalación ni su orientación, que no respetaba el principio de proporcionalidad, al someter al demandante a una situación de vigilancia permanente que lesionaba su intimidad y su imagen. Solicitó que se declarase la intromisión ilegítima, que se condenara a la demandada a reorientarlas o, de no ser posible, a retirarlas. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, argumentando: a) la falta de aptitud de las cámaras para captar y grabar imágenes; b) su función disuasoria; c) la distancia entre 70 y 100 metros a la finca del actor imposibilitaba

que la cámara pudiera captar imágenes referentes a su vida íntima en el interior de la vivienda o de la finca.

El demandante interpuso recurso de apelación, insistiendo en sus alegaciones de primera instancia y destacando que era irrelevante que las cámaras no fueran reales, dado que ni el demandante ni su familia podían llegar a saberlo y su intranquilidad era la misma. La Audiencia Provincial estimó el recurso, señalando que: 1) toda persona tiene derecho a gozar de una tranquilidad razonable y, precisamente porque el demandante no podía saber si las cámaras eran falsas, su falta de aptitud para grabar no las hacía menos aptas para afectar a su tranquilidad; 2) el hecho de que los dispositivos objeto del procedimiento sean falsos no enerva la realidad de una intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad personal y familiar del actor porque en el contenido de esos derechos se encuentra incluida indudablemente la apariencia razonable de que éstos no están en peligro constante de ser lesionados.

La demandada interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Alega: a) que no se produjo ninguna intromisión en la intimidad del demandante, en la medida en que las cámaras no grababan en ningún momento; b) que los tribunales, a la hora de enjuiciar la posible vulneración de un derecho fundamental, deben atender a su dimensión objetiva y prescindir de las apreciaciones del titular en cuanto a los límites del derecho vulnerado (la tranquilidad necesaria para gozar de un derecho fundamental como parte de la garantía constitucional). El Alto Tribunal desestima el recurso de casación, entendiendo que las cámaras coartan la libertad del demandante en su esfera personal y familiar, pues éste se siente observado, hasta el extremo de no compartirse igual que como lo haría antes de conocer la existencia de las cámaras. Según el Tribunal Supremo, el derecho del actor a la tranquilidad de su vida privada comprende también el de no tener que soportar una incertidumbre permanente acerca de si la cámara orientada hacia su finca es o no operativa, pues su apariencia externa le impide comprobarlo y, en cambio, la demandada siempre tendría la posibilidad de sustituir la cámara no operativa por otra que funcionara.

NOTA.—Sobre la instalación de cámaras de seguridad y su afectación al derecho a la intimidad, *vid.* también las SSTC 209/1988, de 27 de octubre; 231/1988, de 1 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 99/1994, de 11 de abril; 143/1994, de 9 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 98/2000, de 10 de abril; 1233/2008, de 16 de enero de 2009; y 799/2010, de 10 de diciembre. En relación con los requisitos necesarios para que una medida restrictiva de derechos fundamentales supere el juicio de proporcionalidad, *vid.* las SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; y 37/1998, de 17 de febrero. (*S. L. M.*)

2. El conflicto entre el derecho a la propia imagen y la libertad de información.—El derecho a la propia imagen es un bien de la personalidad y un derecho fundamental, reconocido en el artículo 18.1 CE, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa o

excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta. Por su parte, la libertad de información, reconocida en el artículo 20.1.d) CE, ampara la actuación del periodista y del medio de comunicación que proporciona información veraz sobre hechos de interés general o personas de relevancia pública.

Como todos los derechos fundamentales, el derecho a la propia imagen y la libertad de información no son derechos absolutos. En caso de conflicto entre ellos, será necesario hacer un ejercicio de ponderación para determinar cuál debe prevalecer. Los derechos reconocidos en el artículo 18 CE sólo han de sacrificarse en la medida en que resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática. El artículo 8.2.a) LO 1/1982 señala que el derecho a la propia imagen no impedirá la captación, reproducción o publicación de la imagen por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. A este respecto, la libertad de información no justifica que se pueden utilizar imágenes que carezcan de cualquier conexión con los hechos noticiables y cuya difusión no haya sido consentida expresamente. En particular, no ampara la publicación, sin consentimiento expreso del afectado, de una fotografía obtenida del perfil de éste en sus redes sociales, pues éstas no tienen la consideración de lugar abierto al público a los efectos del artículo 8.2.a) LO 1/1982. Tampoco el hecho de que se pueda acceder libremente a la fotografía del perfil constituye el consentimiento expreso que prevé el artículo 2.2 de dicha norma como excluyente de la licitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona. La finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación. (**STS de 19 de diciembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 19 de noviembre de 2016, un diario digital publicó un reportaje firmado por el periodista H, sobre la detención e ingreso en prisión de J, acusado de mantener relaciones sexuales con menores de edad. El reportaje se ilustraba con una fotografía del demandante, que sujetaba con sus brazos unos cachorros de perro, ante una vivienda, que fue obtenida en la cuenta que J tenía en una red social, a la que se tenía libre acceso por tratarse de un perfil público. J interpuso una demanda contra el periodista y contra la editora del diario, en la que solicitó que se declarara que la publicación de su fotografía en el reportaje constituyó una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen y que se condenara a los demandados a indemnizarla en 20.000 euros, a retirar el artículo en cuestión de la página web y a publicar la sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial consideraron que la publicación de la fotografía del demandante, sin su consentimiento, constituía una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, si bien redujeron la indemnización a 10.000 euros. La Audiencia Provincial declaró que el actor no era un personaje público, por lo que no era aplicable la excepción del artículo 8.2.a) LO 1/1982.

Los demandados interpusieron recurso de casación, alegando la infracción del artículo 20.1.d) CE. Señalan que la sentencia recurrida ha realizado una ponderación incorrecta entre el derecho fundamental a la propia imagen y la libertad de información. La publicación de la fotografía estaría amparada por el artículo 8.2.a) LO 1/1982, pues el demandante es una persona que tiene relevancia y notoriedad pública sobrevenida por estar acusado de hechos delictivos muy graves. Además, el suceso objeto de la información (la detención e ingreso en prisión del demandante) presenta interés informativo y la fotografía fue obtenida en el perfil público del demandante, al que tenía acceso cualquier persona. El Alto Tribunal desestima el recurso, entendiendo que, aunque la persona detenida bajo la acusación de un delito tan grave adquiere una relevancia pública sobrevenida, tal circunstancia no justifica cualquier difusión de su imagen pública. Explica el Tribunal Supremo que la reproducción de la imagen del acusado de la comisión de un delito en el acto del juicio, entrando en el edificio del tribunal, en el curso de la reconstrucción judicial de los hechos y en circunstancias similares, puede considerarse como accesoria de la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público, acomodada a los cánones de la crónica de sucesos y, por tanto, acorde con los usos sociales (art. 2.1 LO 1/1982). Sin embargo, no sucede lo mismo cuando la imagen se obtiene de una red social y difundida sin su consentimiento, sin relación con los hechos cuya relevancia pública justifica la emisión de la información. Por tanto, no cualquier difusión pública de su imagen puede considerarse amparada en la libertad de información del artículo 20.1.d) CE.

NOTA.—Sobre el conflicto entre los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen y la libertad de información, *vid.* las SSTC 171/1990 de 12 de noviembre y 121/2002, de 20 de mayo. Respecto al uso en medios de comunicación de fotografías publicadas en redes sociales por el afectado, *vid.* también la STS de 15 de febrero de 2017. (S. L. M.)

3. Derecho a la propia imagen. Intromisión ilegítima. La libertad de información no justifica la publicación de una fotografía del afectado que no guarda ninguna conexión con la noticia difundida.—Aunque una persona detenida bajo la acusación de un delito tan grave como es el de abusos sexuales a menores adquiere una relevancia pública sobrevenida, al menos momentánea, tal circunstancia no justifica cualquier difusión de su imagen pública. La función que la libertad de información desempeña en una sociedad democrática justifica que se informe sobre tal hecho (la detención e ingreso en prisión de la persona acusada de la comisión de dichos delitos), y que en esa información se incluya información gráfica relacionada con los hechos acaecidos, como pueden ser las imágenes de la detención del acusado, su entrada en el juzgado o su entrada en la prisión, pues su relevancia pública sobrevenida se ha producido en relación con los mismos. Pero no justifica que pueda utilizarse cualquier imagen del afectado, y en concreto, imágenes del acusado que carezcan de cualquier conexión con los hechos noticiables y cuya difusión no haya consentido expresamente.

Redes sociales. Página web de libre acceso. No tiene la consideración de «lugar abierto al público» a los efectos del artículo 8.2.a) de la Ley

Orgánica 1/1982. Ni tampoco implica el consentimiento expreso del afectado que prevé el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982.—En la STS 91/2017, de 15 de febrero, declaramos que la libertad de información no justificaba la publicación, sin consentimiento expreso del afectado, de una fotografía obtenida de su perfil, pues cuenta abierta en una red social en internet no tiene la consideración de «lugar abierto al público», a efectos de aplicar el art. 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982. Tampoco el hecho de que se pueda acceder libremente a la fotografía del perfil de dicha cuenta constituye el «consentimiento expreso» que prevé el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona, como se dijo en esa misma sentencia. Tal como se afirmó entonces, la finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con aquél, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación (**STS de 19 de diciembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Un periódico local publicó un reportaje sobre la detención e ingreso en prisión de una persona acusada de mantener relaciones sexuales con menores de edad, con alguno de los cuales había tenido contacto profesional en su condición de psicólogo. El reportaje se ilustraba con una fotografía del protagonista de la noticia, donde aparecía sujetando con sus brazos unos cachorros de perro ante una vivienda. La imagen publicada fue obtenida, por el medio informativo, de la cuenta de Internet del acusado de pederastia a la que se tenía libre acceso por tratarse de un perfil público. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial consideraron que la publicación de la fotografía, obtenida de su perfil de la cuenta abierta en una red social, sin el consentimiento del demandante, constituía una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia reproduce la doctrina jurisprudencial que ha venido dictando el Tribunal Supremo para resolver el conflicto entre los derechos fundamentales a la propia imagen y la libertad de información. En concreto, se pronuncia sobre la protección del derecho a la propia imagen de un particular en relación con la publicación, en un periódico local, de una fotografía que previamente había sido subida por el afectado a una cuenta de acceso libre en una red social en Internet. En esta sentencia el Tribunal Supremo, citando la STS 91/2017, de 15 de febrero, vuelve a concluir que en estos casos hay intromisión ilegítima porque el consentimiento del titular de la imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social, no conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta. No nos encontraríamos ante el «consentimiento expreso» que exige la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona. Una cuenta abierta en una red social existe para la comunicación de su titular con terceros y permite la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al con-

tenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación. No obstante, esta doctrina ha sido matizada en la STS 476/2018, de 20 julio, en la que se discutía sobre la utilización por un particular en una cuenta de Twitter de unas imágenes que se hallaban disponibles al público en Internet. En este caso, se trataba de una imagen del afectado captada en eventos públicos, en compañía de otras personas y con el consentimiento del mismo. Por otra parte, la imagen se había publicado previamente en cuentas de Facebook, Instagram o Twitter sin que el interesado hubiera formulado objeción alguna. En esta ocasión, el Tribunal Supremo afirmó que la inclusión de una imagen en un tuit equivale en buena medida a la inclusión en el propio tuit del enlace a la web en que tal imagen se halla, lo que puede considerarse como una «consecuencia natural» de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Los «usos sociales» legítimos de Internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien «retuiteando» el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un «link» o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirán el carácter ilegítimo de la pretendida intromisión, conforme al artículo 2.1 Ley Orgánica 1/1982 (*Vid.* IZQUIERDO TOLSADA, M. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (476/2018). Twitter y las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen que resultan ilegítimas en el derecho a la intimidad», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 10, 2018, p. 224). (C. O. M.)

4. Transexuales. Menores. Registro Civil. Modificación del sexo y del nombre.—La solicitud de rectificación de la mención del sexo, y, consiguientemente, del nombre (para acomodarlo al sexo), en las personas transexuales ha sido abordada por esta Sala en numerosas resoluciones, dictadas a lo largo de muchos años. Ya en los años ochenta, la Sala consideró que la mención del sexo de las personas transexuales contenida en el Registro Civil debía ser modificada dando preferencia a los aspectos psíquicos y psicosociales sobre los puramente cromosómicos o gonadales, si bien cionó la aplicación de esta doctrina al caso de personas transexuales sometidas a la cirugía de reasignación de sexo, como se hizo en la sentencia de 3 de marzo de 1989. A partir de la sentencia 929/2007, de 17 de septiembre, la jurisprudencia de esta Sala dejó de exigir la operación quirúrgica de reasignación sexual para admitir la pretensión de rectificación de la mención del sexo y el nombre en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil. Esta línea jurisprudencial se consolidó en sentencias posteriores como las SSTS 158/2008, de 28 de febrero, 182/2008, de 6 de marzo, 183/2008, de 6 de marzo, 731/2008, de 18 de julio, 465/2009, de 22 de junio. También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en particular la sentencia de 10 de marzo de 2015, ha restado valor al requisito de la operación quirúrgica para el reconocimiento de la transexualidad de la persona por parte de los poderes públicos. Asimismo, el

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión (SSTJUE de 7 de enero de 2004 y 27 de abril de 2006), siguiendo la jurisprudencia sentada por el TEDH.

El examen de la jurisprudencia de esta Sala, del TJUE y del TEDH, permite obtener algunas conclusiones, que pueden sintetizarse de este modo: i) Se trata de una materia en la que las consideraciones de la ciencia médica, las percepciones sociales y el tratamiento jurídico dado por las legislaciones y los tribunales se encuentra en constante y acelerada evolución. ii) En el reconocimiento de la identidad de género a las personas transexuales debe primar el aspecto psicológico y psicosocial sobre el puramente cromosomático, gonadal e incluso morfológico. iii) No puede condicionarse el reconocimiento de la identidad de género de la persona transexual a su sometimiento a una operación quirúrgica de reasignación de sexo, esterilización o terapia hormonal. iv) Debe abandonarse la consideración de la transexualidad como una patología psiquiátrica necesitada de curación. v) Ha de facilitarse a las personas transexuales el cambio de la mención del sexo y el nombre en la inscripción de nacimiento y demás documentos de identidad mediante procedimientos rápidos y eficaces. vi) Ha de protegerse la intimidad y dignidad de la persona transexual, y evitar que se vea sometida a situaciones humillantes, de modo que cuando tenga que identificarse en ámbitos como el escolar, el laboral, en sus relaciones con las autoridades públicas, etc, no quede de manifiesto su condición de persona transexual, permitiendo que sea la persona transexual quien decida sobre el conocimiento que los demás puedan tener de esa circunstancia, minimizando de este modo que pueda ser víctima de reacciones hostiles en su entorno. vii) Este tratamiento jurídico de la transexualidad es consecuencia directa del principio de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), y tienen también anclaje en diversos principios y derechos reconocidos en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, en el modo en que han sido interpretados por en TEDH y las diversas instituciones previstas en estos tratados y acuerdos para el control de las vulneraciones y la supervisión del respeto a los derechos en ellos reconocidos.

Los menores no son ajenos a la problemática de las personas transexuales. En ellos, a los problemas que atañen a las personas transexuales en general se añaden los que son inherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia. Si el demandante hubiera alcanzado la mayoría de edad, la solución a su pretensión de cambio en la mención del sexo en su inscripción de nacimiento, y correlativo cambio de nombre, no hubiera presentado especiales dificultades. El problema que se plantea en este litigio es que el demandante es menor de edad. Cuando presentó la demanda tenía doce años y algunos meses de edad y cuando se redacta esta resolución ya ha cumplido 17 años. El artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, prevé que “[t]oda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo”. Esta mención a la mayoría de edad ha llevado al Juzgado de Primera Instancia y a la Audiencia Provincial a negar la legitimación del demandante para solicitar el cambio en la mención registral del sexo, aun cuando su capacidad procesal estuviera integrada al comparecer representado por sus padres. El demandante propuso que se hiciera una interpretación de este precepto legal, conjuntamente con el artículo 92 LRC de 1957, vigente cuando se realizó la solicitud, que permita garantizar sus derechos fundamentales, en concreto, el

respeto de su dignidad como persona y del libre desarrollo de su personalidad, su integridad física y moral y su derecho a la intimidad y a la salud. En la deliberación del recurso, consideramos que si, para resolver el recurso de casación, realizara una interpretación del precepto legal como la propugnada por el recurrente, podría estar invadiendo el ámbito institucional de decisión propio del Tribunal Constitucional. Pero también albergamos mayoritariamente dudas sobre la constitucionalidad de la restricción de derechos fundamentales del menor transexual que podría suponer su exclusión, en todo caso, del círculo de legitimados para solicitar la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Por tal razón, procedimos a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Éste ha resuelto la cuestión de inconstitucionalidad en la sentencia 99/2019, de 18 de julio. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional ha declarado: «Consecuentemente, el Tribunal aprecia que la restricción legal enjuiciada, en su proyección respecto de los menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad”, circunstancias que se valoran en los requisitos previstos en el artículo 4 y que no han sido cuestionados en el auto de planteamiento, representa un grado de satisfacción más reducido del interés superior del menor de edad perseguido por el legislador. Mientras tanto, por el contrario, en estos casos se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad. En estas circunstancias, además, los perjuicios que estamos considerando se revelan de mayor intensidad por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno –i.e. cambio de nombre, pero no de sexo– para las situaciones de transición. De este modo, el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida que se aplica también a los supuestos normativos indicados en el auto de planteamiento, sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con “suficiente madurez” y en una “situación estable de transexualidad” y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad. [...] La inconstitucionalidad del artículo 1.1 de la Ley 3/2007 lo es en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad». A la vista del fallo del Tribunal Constitucional, la cuestión fundamental para decidir sobre la legitimación activa es valorar si el menor de edad demandante tiene suficiente madurez y se encuentra en una situación estable de transexualidad. En lo relativo a la madurez del menor, habrá de entenderse en el sentido en que ha sido definida por el Comité de Derechos del Niño de la ONU, en la Observación General núm. 12 (2009). Será necesaria en todo caso la audiencia del menor demandante para confirmar que es su voluntad solicitar el cambio de la mención registral del sexo. En esa audiencia del menor, el tribunal también deberá comprobar su madurez, de un modo menos exhaustivo mientras más cercano a la mayoría de edad se encuentre el demandante, que actualmente tiene ya 17 años. También servirá para evaluar la situación estable de transexualidad, junto con el examen de la documentación aportada con la demanda. La apreciación de la madurez suficiente y de la situación estable de transexualidad del menor demandante, requisitos exigibles para otorgarle

legitimación, es una cuestión de hecho, que por tanto ha de realizarse en la instancia. No son suficientes para apreciar tal madurez, ni la persistencia de una situación estable de transexualidad, las manifestaciones que sobre este particular han realizado sus padres, representantes legales, en diversos escritos, el último de ellos al realizar alegaciones tras la sentencia del Tribunal Constitucional, al encuadrarse esta cuestión en el supuesto de hecho del artículo 162 CC. Por tal razón, al no ser posible en el recurso de casación el enjuiciamiento de las cuestiones de hecho (más aún cuando se hace preciso la práctica de diligencias tales como la audiencia del menor por el tribunal) ni de las cuestiones de derecho que no han sido enjuiciadas, en puridad, por ninguna de las dos instancias, al haber considerado que el demandante carecía de legitimación activa, el pronunciamiento de esta sala debe limitarse a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, tras realizar la audiencia del menor, las resuelva en sentencia, una vez que se ha declarado que la minoría de edad del demandante no le priva de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo si tiene suficiente madurez y una situación estable de transexualidad, y que no haber estado sometido a tratamiento durante al menos dos años antes de la presentación de la demanda no le impide obtener la rectificación solicitada. (STS de 17 de diciembre de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Eulogio y Elena, como representantes legales de Águeda, interpusieron demanda de juicio ordinario contra el Ministerio Fiscal, en la que solicitaba se dictara sentencia: «[...] en la que se declare que debe rectificarse la inscripción de nacimiento del demandante en el Registro Civil, en el sentido de figurar en ella en lugar del sexo Mujer el de Hombre, y en vez del nombre de Águeda el de Juan Pablo, modificación que tendrá lugar en el Registro Civil (Huesca) en el que figura inscrito el demandante así como los demás efectos inherentes a dicha modificación [...]».

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

Contra la anterior sentencia interpusieron los demandantes recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial.

Los demandantes interponen recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

5. Influencia de la tasación efectuada por una sociedad en la nulidad, por error, de un contrato de préstamo hipotecario.—La suscripción de un contrato de préstamo hipotecario con una entidad financiera para la adquisición, por compraventa, de un bien inmueble que viene precedida de su tasación por parte de una sociedad especializada y vinculada a la prestamista comporta que, si se anula por error esencial la compra con base en el informe efectuado por la sociedad de tasación, la nulidad afecte igualmente al préstamo. Se explica esta consecuencia, porque (i) son negocios coligados y a los que subyace un mismo fin económico, pues sin el préstamo no resulta

posible abonar el precio del inmueble que se adquiere; (ii) ambos se realizan en unidad de acto; y (iii) el banco no es inmune a la negligencia en la tasación que efectúe una sociedad de la que debe responder y que fue impuesta por el mismo banco. **(STS de 16 de enero de 2020;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El 22 de diciembre de 2006, A suscribió con Minastal, S. L.: dos contratos de promesa bilateral de comprar y vender sobre dos naves industriales. Dichos inmuebles, adquiridos por el demandante se iban a integrar en un polígono industrial compuesto por un total de cuarenta y siete naves de las que finalmente sólo se construyeron siete. Tres años después, el 27 de marzo de 2009, una vez obtenido el certificado final de obra, se otorgó la correspondiente escritura pública de compraventa. Con el objeto de financiar parte de la operación, el demandante firmó un préstamo hipotecario con Banco Santander por importe de 590.000 euros. Previamente dicha entidad había instado y obtenido la preceptiva tasación por parte de la Sociedad Integral de Valoraciones, S. A. (Sivasa), que se integra dentro de su grupo empresarial.

Entendía A que las naves industriales resultaron totalmente inútiles para su destino ya que solo contaban con la energía eléctrica proveniente del contador provisional de la obra, es decir, no contaban con un suministro individualizado y definitivo; añadió que las estaciones transformadoras que constaban en el proyecto básico no habían sido instaladas, incumpliendo con ello no solo el citado proyecto sino también los términos de la licencia de obras, indicando que tuvo constancia de tales circunstancias cuando pretendió su posterior transmisión. A juicio de A estas circunstancias eran conocidas por la vendedora. Asimismo, A estimaba que concurrió una conducta dolosa de la sociedad de tasación, que no mencionó tales circunstancias, por lo que sostuvo también la responsabilidad civil objetiva de Banco Santander, respecto de la actitud imprudente de la sociedad de tasación a él vinculada. A interpuso demanda contra Banco Santander pretendiendo la nulidad de los contratos de promesa y compra, así como de un préstamo hipotecario; todo ello con indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de los contratos de promesa y compraventa. Igualmente declaró la nulidad del contrato de préstamo hipotecario, firmado el 27 de marzo de 2009 entre el demandante y Banco Santander; y condenó a a Minastal Grup, S. L. a abonar a la demandante la cantidad de 1.195.412,40 euros, incrementados en el interés legal del dinero desde el 28 de marzo de 2013.

De otro lado, condenó a Banco Santander y a Sivasa a satisfacer el pago del capital e intereses abonados por el demandante.

Contra dicha resolución se interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron resueltos por la Audiencia Provincial de Barcelona. En lo que interesa, la resolución estimó en parte el recurso del Banco y Sivasa, añadiendo a la condena la obligación del demandante de restituir el importe del préstamo hipotecario, con cancelación de la hipoteca.

Frente a esta sentencia, A interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

6. Nulidad parcial de contrato de préstamo por error vicio del consentimiento (art. 1303 CC): imposibilidad de declarar la nulidad de la cláusula que contiene un *swap* por ser un derivado financiero implícito del contrato de préstamo, que forma parte inescindible de éste y sin el cual no podría determinarse el tipo de interés aplicable.—Cuando el derivado financiero implícito sea parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo, el incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera no puede justificar la nulidad parcial del contrato por error en el consentimiento. Sino, en su caso, la nulidad total del contrato, puesto que el interés pactado del préstamo, como elemento esencial, debía fijarse de acuerdo con aquel derivado financiero (SSTS de 9 de enero de 2019 y 8 de junio de 2017, que cita la de 1 de julio de 2016). En consecuencia, no procede declarar la nulidad parcial del contrato de préstamo, en cuanto sin el *swap* se desnaturalizaría el contenido de lo pactado hasta el punto de no saberse cuál sería el tipo de interés aplicable. (STS de 20 de noviembre de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fleitas.]

HECHOS.—Una entidad mercantil interpuso demanda frente a una entidad bancaria solicitando, con carácter principal, la declaración de nulidad de un contrato marco de operaciones financieras y de un derivado implícito de un contrato de préstamo, consistente en una permuta financiera (*swap*), más las consecuencias económicas de aquella nulidad. Subsidiariamente, planteó una acción de enriquecimiento injusto y acción de negligencia en el cumplimiento de los deberes de información de la entidad bancaria. En primera instancia la demanda fue desestimada íntegramente, pronunciamiento que sería revocado por la Audiencia Provincial declarando la nulidad del derivado financiero por error en el consentimiento. La entidad demandada recurrió en casación amparándose en tres motivos. En el primero alegó infracción del artículo 1266 CC y jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la imposibilidad de declarar la nulidad parcial de contratos de préstamo por vicio del consentimiento recayente en las cláusulas relativas a derivados implícitos. En el segundo, vulneración del artículo 1303 CC en la determinación de las consecuencias de la declaración de nulidad de las referidas cláusulas. Y en el último motivo, esgrimió la infracción del artículo 1266 CC por inexistencia de vicio del consentimiento de naturaleza esencial y excusable. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Reiterada es la doctrina del Alto Tribunal que anula los contratos de permutas financieras por existencia de error en el consentimiento, al tratarse de un producto de difícil comprensión (SSTS de 3 y 4 de febrero de 2020, entre las más recientes). Sin embargo, de acuerdo con la sentencia comentada y las que cita, cuando el contrato de *swap* se integra en el clausulado de un contrato de préstamo, el error sobre tal contrato inserto no provocará la nulidad parcial del préstamo, sino de su totalidad, al no poder pervivir sin el tipo de interés determinado por aquel derivado. Sin embargo, estimamos que de concurrir un error sobre el derivado financiero podría declararse su nulidad y subsistir el resto del contrato de préstamo sustituyendo el tipo de interés que resultaba de aquél por el EURIBOR. Se trataría de aplicar un criterio análogo a la STJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18)

que, aunque dictada en materia de protección de consumidores, permite la sustitución del tipo de interés pactado por otro índice legal, habilitando al juez nacional a ello en caso de apreciar la nulidad de la cláusula del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios, por no superar el control de transparencia. No obstante, en el caso resuelto por la sentencia extractada la parte demandante se limitó a solicitar la declaración de nulidad parcial sin concretar qué tipo de interés sería el aplicable. (F. S. N.)

7. *Dies a quo* en el ejercicio de la acción de anulación por error de un contrato de compraventa de consumación instantánea.—Tratándose de un contrato de tracto único, la consumación a efectos del cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de anulación por error en el consentimiento comienza a correr desde el momento en que el comprador paga el precio y se le entrega el bien (art. 1301 IV CC). Para estos contratos no cabe aplicar la misma doctrina desarrollada por la Sala 1.^a para los contratos de tracto sucesivo o que prolongan sus efectos económicos a lo largo del tiempo (sobre todo, en casos de adquisición de productos financieros complejos: swaps o bonos estructurados), que situaba el momento de la consumación —no en el de la perfección— sino en el del agotamiento o extinción del contrato. (STS de 17 de diciembre de 2019; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 14 de diciembre de 1999 A adquirió por subasta el cuadro titulado «Gitana», firmado por el pintor Isidro Nonell y fechado en 1904. La subasta era realizada por Caja Madrid. A pagó la suma de 97.601,34 euros. Más adelante, en octubre de 2014, al decidir venderlo, A descubrió que el cuadro adquirido no era original del autor, sino que se trataba de una imitación efectuada por un desconocido. A demandó a Caja Madrid aduciendo error esencial en el consentimiento, afirmando que el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulación debía comenzar a correr desde el momento en que tuvo noticia de la falsedad del cuadro, y no antes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de caducidad invocada por la demandada.

A interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial estimó tanto el recurso como la demanda. Consideró el tribunal que no había obstáculo para aplicar la jurisprudencia sobre el *dies a quo* de la acción de nulidad en el consentimiento en la adquisición de productos financieros complejos a otros casos de error. Según esta doctrina, el cómputo del plazo de 4 años para anular el contrato comienza a correr desde que el cliente es consciente del error (normalmente cuando se le aplican liquidaciones negativas).

La demandada interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo, que lo estimó.

NOTA.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre productos financieros complejos y error ha interpretado en los últimos años el artículo 1301 CC junto con el artículo 1969 CC, a fin de situar el inicio del plazo en el momento en que el cliente tomaba conocimiento del error o el dolo. Esta interpretación —a todas luces extensiva— se basaba en la complejidad de los contratos y en el hecho de que el

Código civil no los tuvo en mente en el momento de su promulgación (art. 3 CC). El problema es que se trata de una interpretación *contra legem*, ideada para proteger a los inversores que contrataron con entidades financieras, ya que no parece que el artículo 1301 IV CC haya querido situar *dies a quo* en un momento tan posterior. Nuestro Código civil no recoge la regla que sí contienen instrumentos de *soft law*, los cuales colocan el inicio del cómputo del plazo en el conocimiento y no en otro momento objetivo, como pueda ser la consumación (cfr. art. 4:113 PECL). A ello responder, precisamente, que el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad sea largo (4 años), ya que cuando se fijan plazos más cortos, se suelen colocar un *dies a quo* subjetivo. La resolución del caso es adecuada, aun cuando el demandante pretendiese –no sin razón– beneficiarse también de la misma doctrina que se les viene aplicando a los inversores.

Ha comentado esta resolución, respecto del error y sus plazos, CAÑIZARES LASO, A., «Un cuadro firmado por Isidro Nonell», *Almacen de Derecho*, 5 de febrero de 2020. (A. I. R. A.)

8. Condiciones generales de la contratación. Cláusula suelo. Control de incorporación. Control de transparencia. Diferencias. Empresarios.—El control de inclusión o de 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 unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: 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. En la práctica, como ya señalaron las sentencias de esta sala 314/2018, de 28 de mayo y 57/2019, de 25 de enero, 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 LCGC. El primero de los filtros mencionados, el del artículo 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo (a la que sigue, entre otras, la sentencia 314/2018, de 28 de mayo) consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión. El segundo de los filtros del control 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, 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. Pues bien, la cláusula suelo litigiosa sí supera el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y ser gramaticalmente comprensible, dada la

sencillez de su redacción. La sencillez y claridad exigible a la cláusula depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual. Como hemos declarado en otras ocasiones «la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida» (SSTS 688/2015, de 15 de diciembre, 402/2017, de 27 de junio, y 322/2018, de 30 de mayo). Si hay que prever unas condiciones para las distintas fases del contrato o hacer previsiones para el caso de que dejen de publicarse los índices de referencia, etc., no puede exigirse la sencillez y claridad de las condiciones generales de otros contratos más simples (por ejemplo, algunas compraventas). La exigencia de claridad y sencillez en las condiciones generales no puede determinar que las relaciones contractuales pierdan matizaciones o complejidad, salvo casos patológicos de complejidad innecesaria buscada para provocar confusión en el adherente. Lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual.

Lo que la sentencia recurrida hace no es realmente un control de incorporación, sino un control de transparencia, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, pues al incidir en que la cláusula está enmascarada entre un conjunto de cláusulas diversas, lo que dificultaría su efectivo conocimiento y comprensión de su alcance por el adherente, o a la falta de información previa, o a la insuficiencia de las advertencias notariales por no incorporar a la escritura la oferta vinculante, a lo que se está refiriendo es a la incomprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación. Esto es ajeno al control de incorporación y propio del control de transparencia. Como ha afirmado reiteradamente esta Sala, el control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE de 21 de marzo de 2013, 30 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015 y 23 de abril de 2015), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas. Como venimos diciendo hasta la saciedad, el control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

Pero, como igualmente hemos dicho de forma reiterada, el control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. La jurisprudencia de esta sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas al control de transparencia, que está reservado a contratos en que el adherente es un consumidor. En efecto, el ya referido control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores. Este Tribunal ha

sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero; 314/2018, de 28 de mayo, y otras posteriores. Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos. Y es en el marco de este control de transparencia material en el que cobra una relevancia determinante la adecuada y completa información precontractual así como la oferta vinculante puesta a disposición del adherente, dada la relación de asimetría convencional que se produce en la negociación seriada, con condiciones generales de contratación, entre predisponente y adherente consumidor, y que requiere compensar dicha asimetría con una información y garantías precontractuales que permitan al consumidor acceder a una comprensión real de la importancia de la cláusula suelo en el desarrollo y la economía del contrato, en concreto su incidencia en el precio a pagar por los consumidores. Constituye, en este sentido, un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial, que se manifiesta entre otras en las SSTS 727/2018, 20 de diciembre; 9/2019, de 11 de enero; 93/2019, de 14 de febrero; 128/2019, de 4 de marzo; 188/2019, de 27 de marzo; 209/2019, de 5 de abril y 188/2019, de 27 de marzo. En este caso, la sentencia recurrida parte del hecho de que el préstamo objeto del litigio se otorgó exclusivamente para financiar la adquisición de una licencia municipal de taxi, por lo que, según se afirma en la misma sentencia, tal circunstancia «excluye la consideración de consumidor de los demandantes». Conclusión que comparte esta Sala por ser conforme con su doctrina jurisprudencial reiterada sobre esta materia, fijada de conformidad con la jurisprudencia del TJUE. Como hemos declarado en las sentencias 230/2019, de 11 de abril y 533/2019, de 10 de octubre, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, al decir: «El concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional. Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional». Y como ha dicho esta Sala en la citada sentencia 533/2019, de 10 de octubre, desde ese punto de vista, en la fecha que se concertó el contrato, era irrelevante que la empresa de la que era titular el demandante fuera pequeña o que la ejercitara a título personal y no bajo un amparo societario. La exclusión de la cualidad de consumidor en el demandante hace improcedente la realización de los controles de transparencia material, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (SSTS 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017,

de 23 de noviembre; 414/2018, de 3 de julio; y 230/2019, de 11 de abril, entre otras). (STS de 15 de enero de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 11 de octubre de 2007 los prestatarios suscribieron una escritura de préstamo con garantía hipotecaria con una entidad, por importe de 170.000 euros, con cláusula de intereses variables, en la que se incluyó una cláusula suelo del 3,00%. Los prestatarios interpusieron una demanda contra la entidad, interesando la declaración de nulidad de la cláusula suelo y, por otro lado, un pronunciamiento de condena a la demandada a restituir las cantidades que el actor hubiera abonado indebidamente en aplicación de la misma, más los correspondientes intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda.

Recurrida la anterior sentencia por los prestatarios, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación.

La entidad interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

9. Obligaciones subordinadas. Incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores. Responsabilidad civil contractual. Cuantificación de la indemnización de daños y perjuicios. Aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno*: valor de la inversión menos el precio de venta de las acciones obtenidas en el canje y los intereses percibidos por el producto litigioso.—La Sala Primera del Tribunal Supremo reitera su doctrina según la cual en la liquidación de los daños indemnizables debe computarse, junto a los daños sufridos por el perjudicado, la eventual obtención de ventajas por este. En materia de pérdidas de capitales invertidos, el daño causado por el asesoramiento defectuoso viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los inversores. El daño es, pues, el resultante de la producción recíproca de daño y lucro, de suerte que la obligación de indemnizar se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial. (STS de 16 de enero de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—B. y L. A., interpusieron una demanda contra una entidad bancaria alegando la responsabilidad civil contractual de aquella por incumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento e información, al recomendarles invertir en obligaciones subordinadas. Consecuentemente, solicitaban que se indemnizaran los daños y perjuicios padecidos que cifraban en 17.938,26 euros, esto es, el valor de la inversión (80.000 euros) menos la cantidad recuperada tras la venta de las acciones que obtuvieron en el canje obligatorio, tras la intervención del FROB (62.061,74 euros).

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero redujo la partida indemnizable al comprender que entendió que, a la cantidad inicialmente invertida había, que descontarle no solo la suma

recuperada tras el canje obligatorio y venta, sino también los rendimientos obtenidos de las subordinadas. Los demandantes recurrieron dicha resolución en apelación, siendo su recurso estimado. El Tribunal Supremo conoce del recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria, en el que solicita que también se detraigan de la partida del daño indemnizable los rendimientos obtenidos por los inversores, lo cual es estimado por la Sala Primera.

NOTA.— La Sala Primera del Tribunal Supremo viene siguiendo este criterio desde su STS de 30 de diciembre de 2014. (A. A. O.)

10. Garantía de las cantidades entregadas por los compradores a cuenta del precio durante la construcción de viviendas (Ley 57/1968): responsabilidad de la entidad bancaria avalista no condicionada por los límites cuantitativos del aval, ni por el ingreso de las cantidades en una concreta entidad bancaria.—La responsabilidad de la entidad avalista por las cantidades entregadas a quienes promuevan la construcción de viviendas se extiende a todas ellas, sin que deban respetarse los límites cuantitativos del aval, pues la Ley 57/1968 no establece límites y exige la cobertura de la totalidad de las cantidades anticipadas por el comprador a cuenta del precio (SSTS de 3 de julio de 2013, 20 de enero de 2014, 30 de abril de 2015, 9 de marzo y 8 de abril de 2016, 4 de julio y 18 de julio de 2017 y 28 de mayo de 2019). Asimismo, la entidad avalista responde aunque la cuenta bancaria identificada como especial en los contratos de compraventa, y en la que se hayan efectuado los ingresos, pertenezca a otra entidad bancaria, pues la primera puede conocer la cuantía de las entregas a cuenta del precio con haber requerido al promotor copia de los contratos (SSTS de 9 de marzo y 29 de junio de 2016 y 4 de julio de 2017). (STS de 10 de diciembre de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Suscrito un contrato de compraventa de vivienda en construcción, la promotora no culminó la edificación, por lo que el adquirente interpuso demanda frente a la entidad avalista solicitando su condena al pago de las cantidades anticipadas a la promotora (72.230 €) más intereses. Sin embargo, tal suma se había ingresado en una cuenta titularidad de la promotora, abierta en otra entidad bancaria, y además el aval individual poseía un límite cuantitativo de 1.500 €. La entidad avalista opuso estas dos circunstancias, siendo desestimada íntegramente la demanda por el Juzgado de Primera Instancia. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial revoca aquel pronunciamiento y declara responsable a la entidad avalista de la totalidad de las cantidades entregadas por el comprador. Ésta interpone recurso de casación fundado en la infracción del artículo 1-2.^a de la Ley 57/1968 y en contravención de la doctrina contenida en las SSTS de Pleno, de 21 de diciembre y 16 de enero de 2015 y 9 de marzo de 2016. A juicio de la entidad avalista dicha doctrina habría resultado vulnerada al no ser depositaria de cantidad alguna, y para responder como entidad depositaria, e incluso como avalista, resulta imprescindible haber tenido conocimiento de los anticipos realizados mediante su ingreso en una cuenta de la promotora abierta en ella. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, aplicable al caso resuelto por razones temporales, fue derogada por la disposición derogatoria tercera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, añadida a su vez por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Esta última norma modificó la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, que actualmente regula la materia. Particularmente la letra a) de su apartado Dos-2, establece claramente la extensión del aval a «la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa». (F. S. N.)

11. Garantía de las cantidades entregadas por los compradores a cuenta del precio durante la construcción de viviendas (Ley 57/1968): responsabilidad de la entidad avalista con base en póliza de afianzamiento colectivo, sin precisarse la emisión de avales individualizados.— Extensión de su responsabilidad a la totalidad de las cantidades anticipadas por los compradores que figuren en los contratos de compraventa.—La responsabilidad de la entidad avalista frente a los adquirentes de viviendas en construcción por las cantidades entregadas a cuenta del precio, nace de la póliza de afianzamiento colectivo suscrita por la promotora respecto de la promoción inmobiliaria en su conjunto, sin requerirse la emisión de avales individuales a favor de cada comprador (SSTS de 23 de julio de 2015, 24 de octubre de 2016 y 4 de julio de 2017). Esta responsabilidad tan solo precisa la realización de entregas a cuenta del precio previstas en el contrato de compraventa y que el promotor haya incumplido la obligación de entrega de la vivienda. Por ello, alcanza incluso a las cantidades no ingresadas en cuenta bancaria alguna de la promotora, con tal de que figuren en el contrato como sumas percibidas, dado que la entidad avalista puede conocerlas requiriendo de aquella copia del contrato (STS de 29 de junio de 2016). La extensión de la garantía a las cantidades entregadas en efectivo está fuera de toda duda de acuerdo con la DA primera, letra b), de la LOE, en su redacción aplicable al caso por razones temporales (**STS de 8 de enero de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Suscritos cuatro contratos compraventa de viviendas en construcción, la promotora no culminó la edificación, por lo que los compradores interpusieron una demanda colectiva frente a dos entidades avalistas de tal agente de la edificación, solicitando su condena al pago de las cantidades anticipadas a cuenta del precio más intereses. De modo subsidiario, dado que la promotora no había facilitado avales individuales, solicitaron la condena a su entrega. Los otorgantes de dos de los cuatro contratos de compraventa habían anticipado una parte del precio mediante transferencia bancaria y otra en efectivo, concretamente la cuantía de 3.000 € que se hizo constar como recibida en tales contratos. Las entidades avalistas se opusieron a responder de esta última cantidad, siendo estimada íntegramente la demanda por el Juzgado de Primera Instancia. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial excluye de la condena las cantidades anticipadas en metálico, al no figurar su

ingreso en cuenta bancaria alguna de la promotora. Contra esta sentencia los renombrados compradores interpusieron recurso de casación fundado en la infracción de los artículos 1, 3 y 7 de la Ley 57/1968 y de la doctrina contenida en las SSTs de 7 de mayo de 2014 y 29 de junio de 2016, alegando que la responsabilidad de las entidades avalistas no depende del ingreso de los anticipos en una cuenta bancaria, sino de que se correspondan con pagos previstos en el contrato de compraventa, copia de los cuales pudieron haber requerido aquéllas. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La sentencia extractada se fundamenta en la redacción de la DA primera de la LOE aplicable al caso por razones temporales. Concretamente, en su versión vigente con anterioridad a la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, norma que derogó la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. La aludida versión de la disposición adicional primera, en su letra b), extendía expresamente la garantía tratada a «las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario». Aunque dicha precisión haya desaparecido en la actual redacción de dicha disposición (fruto de la señalada Ley 20/2015), estimamos subsistente tal extensión de la responsabilidad, pues la norma en sus apartados Uno-1 y 2, utiliza expresiones omnicomprensivas, tales como «cantidades entregadas» y «cantidades aportadas por los adquirentes». Como bien aclara la sentencia comentada, cuando el Alto Tribunal ha excluido de la responsabilidad del avalista los pagos en efectivo, ha sido por no constar en el contrato (véase STS de 29 de junio de 2016, que absolvió a la entidad avalista del pago de unas sumas entregadas en efectivo al no figurar en el contrato de compraventa, y condenó al abono de otras anticipadas igualmente en efectivo, pero sí contempladas en el contrato). (F. S. N.)

12. Concurrencia de la causa de ingratitud prevista en el artículo 648.2.º CC como fundamento del ejercicio de la acción de revocación de donaciones.—No cabe apreciar la causa de revocación prevista en el artículo 648.2.º CC si los delitos por los que el donatario presenta denuncia contra el donante son semipúblicos; esto es, requieren la presentación de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Respecto de estos delitos, el ministerio fiscal solo puede denunciar cuando la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, para proteger su interés (art. 296.1 CP).

Tampoco cabe apreciar dicha causa de revocación de donaciones cuando en la vía penal se confirme el sobreseimiento libre de los donantes en atención a la imposibilidad de ejercer acción penal por los delitos patrimoniales contra los parientes a que se refiere el artículo 103.2 LECrim. Esto se justifica en que si quien trata de ejercitar la acción penal carece de legitimación para ello, no cabe interpretar que exista imputación de delito alguno.

Únicamente deja de ser precisa la denuncia del agraviado «cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas» (art. 296.1 CP). Todo ello con independencia de que los delitos

denunciados contra los donantes puedan afectar al patrimonio del donatario denunciante. (STS de 5 de noviembre de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—A, B, C, D y E ejercitan acción de revocación de donaciones por causa de ingratitud prevista en el artículo 648.2 CC contra W, su padre.

La demanda es desestimada por no tener encaje en el supuesto de revocación por ingratitud la denuncia formulada por W contra A, B, C, D y E por delitos semipúblicos. A mayor abundamiento, dichas donaciones no pueden ser consideradas como tal al no apreciarse ánimo de liberalidad, resultando asimismo irrelevante si son consideradas donaciones puras o simples o donaciones remuneratorias.

La sentencia de primera instancia es recurrida en apelación. Partiendo del carácter tasado de las causas de ingratitud y de su necesaria interpretación restrictiva, el recurso fue desestimado, bajo la interpretación de que la causa de ingratitud prevista en el artículo 648.2 CC se refiere a la comisión de delitos que dan lugar a procedimientos incoados de oficio, respecto de los cuales se puede formular acusación pública.

A, B, C, D y E interponen recurso de casación, que es desestimado.

NOTA.—En la explicación de la revocación de donaciones por causa de ingratitud prevista en el artículo 648.2 CC, García Goyena argumentó que cuando nos encontramos ante «delitos, cuya persecución debe instaurarse por el ministerio público, y puede serlo por acción popular, no está bien al donatario perseguir, sino más bien compadecer a su bienhechor»; y, aun en ese caso, la imputación de un delito al donatario no es causa de revocación por ingratitud si el delito se ha cometido contra el propio donatario porque «el derecho de vindicarse a sí mismo, o a las personas, cuya defensa le está encomendada por la ley, es anterior y preferente a todo otro derecho». (T. R. C.)

13. Ejercicio del retracto legal por el arrendatario mediante la subrogación en la deuda hipotecaria que grava la finca retraída sin contar con el consentimiento del acreedor hipotecario.—De lo dispuesto en el artículo 1205 CC, con carácter general, y en el artículo 118 LH, en particular, para la deuda garantizada con hipoteca, la adquisición de una finca hipotecada no comporta que el adquirente asuma la deuda garantizada y que el primitivo deudor quede liberado frente al acreedor.

Incluso en el caso de que comprador y vendedor pacten que el primero asume la deuda pendiente, tal pacto produce efectos entre ellos, pero el vendedor sigue estando obligado frente al acreedor, a no ser que este último consienta su liberación.

Y así, con carácter general, si la finca retraída está gravada con una hipoteca, la sola voluntad del arrendatario de ejercer el retracto mediante la subrogación en la hipoteca no puede liberar al comprador retraído de su condición de deudor hipotecario. Para ello sería preciso el consentimiento del acreedor hipotecario.

El derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato (art. 1521 CC) no implica la facultad unilateral del retrayente a subrogarse en la deuda garantizada por la hipoteca sin el consentimiento del

acreedor hipotecario, pues no está prevista una subrogación *ex lege* en la deuda. Sin el consentimiento del acreedor no hay subrogación hipotecaria ni, por tanto, la voluntad del retrayente de subrogarse en la hipoteca puede cumplir la función que persigue el reembolso (art. 1518 CC) de dejar indemne al comprador retraído. (**STS de 15 de enero de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El Sol compra a Fegar una finca que esta había arrendado a Noelia. Además, con el consentimiento de CaixaBank —acreedora hipotecaria—, El Sol se subrogó en la deuda de Fegar frente a CaixaBank.

Noelia, en su condición de arrendataria, y una vez que se le había notificado la venta a los efectos del artículo 25 de la LAU, se dirige a la compradora El Sol para comunicarle su voluntad de adquirir la finca por el mismo precio que pagó mediante la subrogación en la hipoteca actual vigente que grava el inmueble indicado.

Al no recibir respuesta, Noelia interpone demanda contra El Sol, solicitando se declare haber lugar al ejercicio del derecho de adquisición preferente por el arrendatario de la vivienda mediante la subrogación en la deuda hipotecaria que grava la finca retraída.

La demanda es estimada, por lo que se declara que Noelia tiene derecho a retraer la vivienda, subrogándose en el lugar de El Sol, en el mismo precio y condiciones en que se verificó la transmisión. Correlativamente, El Sol es condenada a otorgar a favor de Noelia la correspondiente escritura de retroventa.

La sentencia es recurrida en apelación. El recurso es desestimado.

El Sol interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero es desestimado, y el segundo, estimado, dado que ni CaixaBank ha dado su consentimiento para que la arrendataria retrayente se convierta en deudora hipotecaria en sustitución de El Sol ni existe norma que imponga ese cambio de deudor *ex lege*.

NOTA.—El consentimiento del acreedor hipotecario es preciso porque se crea un nuevo vínculo en el que el nuevo deudor responderá con todos sus bienes, presentes y futuros. A la idea tradicional de que al acreedor no le resulta indiferente la persona del deudor, ni siquiera cuando existe una hipoteca, debe añadirse ahora, desde una perspectiva más amplia, que las actuales exigencias legales de concesión de crédito de forma responsable imponen a las entidades financieras la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario. (*T. R. C.*)

14. Contrato de obra. Responsabilidad por vicios de la construcción.— Solidaridad impropia.— La reclamación dirigida contra el promotor y/o contratista no interrumpe la prescripción respecto de los otros agentes de la edificación.—No puede considerarse interrumpida la prescripción por la reclamación extrajudicial dirigida contra la promotora y contratista, el 9 de noviembre de 2007; pues como ha declarado con reiteración la jurisprudencia, en los casos de solidaridad impropia, la interrupción de la acción con respecto a uno de los deudores solidarios no afecta a los otros, salvo aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción (SSTS de

Pleno de 14 de mayo de 2003, 25 de noviembre de 2016 y 14 de marzo de 2019). Se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 CC, con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción que se mantiene en la forma que ya venía establecida por esta Sala en la sentencia de 14 de marzo de 2003, con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial, como es el caso del promotor frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, puesto que dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa, o de aquellos otros en los que la acción se dirige contra el director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, respecto del otro director o proyectista, en los que también se interrumpe, pero no respecto del resto de los agentes, salvo del promotor que responde solidariamente con todos ellos «en todo caso» (art. 17.3) aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (STS de 17 de septiembre de 2015, y las que cita).

Responsabilidad del arquitecto por vicios del suelo. Diferencias entre las obligaciones profesionales del arquitecto director y del arquitecto técnico o aparejador.—La responsabilidad exigible a los arquitectos derivaría de la inobservancia de las obligaciones que les corresponden como directores de la obra. Mientras, el arquitecto técnico es el director de la ejecución material de la construcción y, en tal sentido, participa en la dirección de la obra, y como técnico que es debe conocer las normas tecnológicas de la edificación, advertir al arquitecto de su incumplimiento y vigilar que la realidad constructiva se ajuste a su *lex artis*. Le corresponde pues la vigilancia directa e inmediata y control de la ejecución material de las obras (SSTS de 27 de abril de 2009 y 7 de enero de 2015). Es obligación fundamental del arquitecto el examen previo del suelo, por lo que es fuente de su responsabilidad los vicios en el estudio del terreno, en el que se va a asentar la obra, así como la falta de previsión de la cimentación adecuada por omisión de los estudios geológicos necesarios. Sin embargo, en el presente caso tiene su causa en una deficiente compactación del terreno en los alrededores de las edificaciones, al llevarse a efecto con material de desecho de obra que, al tratarse de un vicio de ejecución, es responsabilidad del contratista, y, en su caso, del aparejador, que no ha sido demandado en este proceso. Por tanto, corresponde a los aparejadores y arquitectos técnicos la ejecución y vigilancia de las órdenes dadas por la dirección de la obra, procurando la perfecta realización de los trabajos, y el empleo de los materiales adecuados por parte del contratista; y acreditado que los trabajos de compactación adolecían de notorias imperfecciones, estos defectos no fueron constatados ni denunciados por los aparejadores, de suerte que, aunque la compactación sea una actividad propia del contratista, se produce la solidaridad con este último, dada la imposible separación nítida de esa responsabilidad y puede, por tanto, ser reclamada de modo solidario en aras de la seguridad jurídica y de la satisfacción de los derechos de los perjudicados (SSTS de 27 de enero de 1988, 3 de abril de 1995 y 24 de septiembre de 2004, entre otras). (STS de 15 de enero de 2020; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los actores, adquirentes de un conjunto de viviendas en una pequeña urbanización de Paterna (Valencia), demandaron conjuntamente a la promotora vendedora, al constructor, así como a los arquitectos directores de la obra. No fue demandado el arquitecto técnico encargado de la dirección de la ejecución de aquella. Se solicitaba la condena solidaria de todos ellos a consecuencia de una serie de defectos de diversa índole, unos de terminación, otros de habitabilidad y algunos otros de estructura. El Juzgado de Primera Instancia estimó que la acción para reclamar la reparación o indemnización de los daños había prescrito. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Valencia consideró que no se había producido dicha extinción. El Tribunal Supremo, dio lugar al recurso de casación de los arquitectos al considerar que, respecto de los defectos de acabado, eran tan evidentes que el inicio del cómputo tuvo lugar con la venta de las viviendas a los actores y, en consecuencia, había operado la prescripción extintiva; y en cuanto a otros defectos (hundimiento del suelo por defectuosa compactación del terreno en los alrededores de las edificaciones, así como el deficiente estado de la calle de acceso a las viviendas) estimó que eran imputables al control de la ejecución material de la obra, propia de los aparejadores o arquitectos técnicos, pero no a la alta dirección facultativa de aquella. Mantuvo, no obstante, la condena solidaria por el defecto consistente en el defectuoso sistema de evacuación de aguas, al entender que constituía una imprevisión del proyecto no prescrita.

NOTA.—En la sentencia se aborda nuevamente la cuestión relativa a la no interrupción de la prescripción respecto de los agentes de la edificación cuando existe, con el promotor y constructor, la llamada «solidaridad impropia»; de manera que para los técnicos seguirá corriendo el plazo extintivo pese a haberse interrumpido con respecto a aquellos otros agentes. Esta doctrina, iniciada a partir de la STS de 14 de marzo de 2003, ha recibido fuertes críticas, especialmente en cuanto supone una eliminación directa del artículo 1.974 CC en materia de edificación [REGLERO CAMPOS, F. «Los sistemas de responsabilidad civil», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, vol. I. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 1284]. Un interesante análisis sobre la posibilidad de establecer una presunción de conocimiento por parte de los agentes y, en consecuencia, extender la interrupción de la prescripción también respecto de los arquitectos y aparejadores, puede verse en SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Marcial Pons. Madrid, 2018, pp. 169 a 172. Por otra parte, la cuestión relativa a la responsabilidad derivada de la defectuosa compactación del terreno no ha sido siempre pacífica. En el ámbito de las audiencias ha sido frecuente considerarla un vicio de ejecución imputable exclusivamente al constructor. No obstante, el Tribunal Supremo se decanta mayoritariamente por hacer responsables tanto al constructor como al aparejador o arquitecto técnico, quien habría faltado a los deberes de control y vigilancia de la correcta ejecución de los trabajos [un estudio actualizado y pormenorizado de esta cuestión se encuentra en PUCHE RAMOS, A., *La responsabilidad civil de los aparejadores y arquitectos técnicos*, J. M. Bosch, Barcelona, 2019, pp. 100 a 103]. (L. A. G. D.)

15. Condiciones generales de la contratación. Nulidad de cláusulas abusivas: inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.—De la literalidad del artículo 22 LCGC parece deducirse que habrá de ser en ejecución de la sentencia firme recaída en un procedimiento sobre nulidad o no incorporación de condiciones generales, cuando el letrado de la administración de justicia habrá de procurar la inscripción registral del pronunciamiento acordado. Sin embargo, nada impide que el Tribunal incluya dicha orden en su resolución, ni que lo haga en segunda instancia, pues ello ni mejora ni empeora la situación jurídica del predisponente, puesto que, en todo caso, lo hubiera acordado o no el tribunal en la sentencia de apelación, el pronunciamiento judicial debería tener acceso al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, por mandato legal, una vez que la sentencia hubiera quedado firme (STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre).

Atribución de los gastos notariales y registrales en los préstamos hipotecarios.—Las SSTs del Pleno 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero, ante la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios por su atribución indiscriminada al consumidor, establecen lo siguiente: 1.º La Comisión de apertura, corre a cargo del deudor, al no ser ajena al precio del préstamo, al igual que el interés remuneratorio, pues son partidas de dicho precio, 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. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo. Al formar parte del precio del contrato, la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que se considera superado en el caso concreto. Es común que el consumidor conozca su existencia y que la entidad financiera lo publicite e informe, siendo pagadera al principio. 2.º El pago de las escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo hipotecario será por mitad, pero la escritura de cancelación de la hipoteca corresponderá al prestatario. Las copias de estas escrituras serán de cuenta de quien las solicite. 3.º Los gastos del Registro de la Propiedad derivados de la inscripción de la garantía hipotecaria los soportará el prestamista, pero los de cancelación los asumirá el prestatario. 4.º Los gastos de gestoría se abonarán por mitad. 5.º Por último, en cuanto al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, para operaciones previa al Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo. El Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, modifica el sujeto pasivo, que pasa a ser el prestamista. Pero ello solo es aplicable a las operaciones escrituradas desde el 10 de noviembre de 2018, sin que el Real Decreto-ley contenga regulación retroactiva alguna.

Abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios: criterios.—Conforme a la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 y en los tres AATJUE de 3 de julio de 2019, las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario sin modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo y sin posibilidad real de que el consumidor evite su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, son abusivas, porque no respetan los estándares mínimos que ha fijado el TJUE y la propia Sala Primera en sentencias anteriores (STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre).

Efectos.—Además, en aplicación de las pautas facilitadas por el TJUE para determinar si es posible la subsistencia del contrato, declaramos que el préstamo hipotecario es un negocio jurídico complejo, cuyo fundamento común para las partes es la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). De este modo, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa, por lo que, en principio, la supresión de la cláusula que sustenta esa garantía causaría la nulidad total del contrato.

Posibilidad de que subsista el contrato.—Ahora bien, esa nulidad total expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, como la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria o el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa. Para evitar estas consecuencias, el TJUE ha admitido que la cláusula abusiva se sustituya por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, en referencia al artículo 693.2 LEC previo a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

No obstante, la STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre, entiende que los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia. Para ello servirá como criterio orientativo de primer orden el artículo 24 LCCI.

Incumplimiento por el prestatario de un solo plazo.—Una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Por tanto, la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en tales casos es nula e inaplicable tal y como está redactada.

Sin perjuicio de que, al margen de lo previsto en la cláusula, puedan ser aplicables las consideraciones expuestas en la STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre, en el supuesto de que la entidad prestamista, en caso de incumplimiento de sus obligaciones de pago por el prestatario, instara en el futuro el vencimiento anticipado del contrato, no con fundamento en la cláusula, sino en la ley. (**STS de 12 de noviembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—En 2007, Nemesio y Casilda suscribieron con una entidad bancaria un préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 54.000 €, a interés variable y a devolver en un plazo de treinta años, mediante 360 cuotas mensuales. Los primeros demandaron mediante una acción individual de nulidad de diversas condiciones generales de la contratación contenidas en el préstamo.

La sentencia de primera instancia estimó sustancialmente la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo y de las condiciones generales de gastos a cargo de la parte prestataria; de intereses de demora; de vencimiento anticipado por la entidad de crédito; de venta extrajudicial de las fincas hipotecadas, a tenor de lo establecido en el artículo 129 LH; y de cesión del crédito hipotecario, cuando lo estimase conveniente la entidad bancaria sin necesidad de dar cono-

cimiento a la parte prestataria, quien renuncia al derecho que al efecto le concede el artículo 149 LH. La audiencia confirmó esta sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada.

NOTA.—Tras la entrada en vigor el 16 de junio de 2019 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo, que tienen carácter imperativo, se hará del siguiente modo: El prestatario asumirá los gastos de tasación del inmueble, mientras que el prestamista asumirá los de gestoría, los aranceles notariales de la escritura del préstamo hipotecario y los de inscripción, así como el impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Los aranceles notariales relativos a las copias de la escritura los satisfará quien las solicite [véase el art. 14.1e) LCCI]. Según la disposición adicional octava «el notario autorizante de una escritura de préstamo sujeto a la presente Ley entregará o remitirá telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de aquella», a cuyo efecto deberá constar en la escritura una dirección de correo electrónico del prestatario.

La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado es una cuestión casuística en la que habrá que ponderar cuántas mensualidades se han dejado de abonar en relación con la vida del contrato, así como las posibilidades de reacción del consumidor, lo que debe juzgarse acudiendo al artículo 24 LLCI. A partir de aquí, se ofrecen unas pautas según la fecha en la que se haya declarado el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, permitiendo un posterior procedimiento ejecutivo con fundamento no en la cláusula abusiva, sino en aquella ley. Así, SANTANA NAVARRO, F., *El préstamo simple o mutuo: su posible resolución por incumplimiento (art. 1124 CC)*, inédito. (I. D.-L.)

16. Préstamo hipotecario con consumidores. Nulidad de cláusulas abusivas: Atribución de los gastos notariales y registrales en los préstamos hipotecarios.—Las SSTS del Pleno 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero, ante la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios por su atribución indiscriminada al consumidor, establecen lo siguiente: 1.º La Comisión de apertura, corre a cargo del deudor, al no ser ajena al precio del préstamo, al igual que el interés remuneratorio, pues son partidas de dicho precio, 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. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo. Al formar parte del precio del contrato, la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que se considera superado en el caso concreto. Es común que el consumidor conozca su existencia y que la entidad financiera lo publicite e informe, siendo pagadera al principio. 2.º El pago de las escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo hipotecario será por mitad, pero la escritura de cancelación de la hipoteca corresponderá al prestatario. Las copias de estas escrituras serán de cuenta de quien las solicite.

3.º Los gastos del Registro de la Propiedad derivados de la inscripción de la garantía hipotecaria los soportará el prestamista, pero los de cancelación los asumirá el prestatario. 4.º Los gastos de gestoría se abonarán por mitad. 5.º Por último, en cuanto al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, para operaciones previa al Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo. El Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, modifica el sujeto pasivo, que pasa a ser el prestamista. Pero ello solo es aplicable a las operaciones escrituradas desde el 10 de noviembre de 2018, sin que el Real Decreto-ley contenga regulación retroactiva alguna.

Abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios: criterios.—Conforme a la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 y en los tres AATJUE de 3 de julio de 2019, las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario sin modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo y sin posibilidad real de que el consumidor evite su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, son abusivas, porque no respetan los estándares mínimos que ha fijado el TJUE y la propia Sala Primera en sentencias anteriores (STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre).

Efectos.—Además, en aplicación de las pautas facilitadas por el TJUE para determinar si es posible la subsistencia del contrato, declaramos que el préstamo hipotecario es un negocio jurídico complejo, cuyo fundamento común para las partes es la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). De este modo, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa, por lo que, en principio, la supresión de la cláusula que sustenta esa garantía causaría la nulidad total del contrato.

Posibilidad que subsista el contrato.—Ahora bien, esa nulidad total expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, como la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria o el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa. Para evitar estas consecuencias, el TJUE ha admitido que la cláusula abusiva se sustituya por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, en referencia al artículo 693.2 LEC previo a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

No obstante, la STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre, entiende que los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia. Para ello servirá como criterio orientativo de primer orden el artículo 24 LCCI.

Incumplimiento por el prestatario de un solo plazo.—Una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Por tanto, la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en tales casos es nula e inaplicable tal y como está redactada.

Sin perjuicio de que, al margen de lo previsto en la cláusula, puedan ser aplicables las consideraciones expuestas en la STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre, en el supuesto de que la entidad prestamista, en caso de incumplimiento de sus obligaciones de pago por el prestatario, instara en el futuro el vencimiento anticipado del contrato, no con fundamento en la cláusula, sino en la ley. (**STS de 12 de diciembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—En 2009 y 2010, Bárbara suscribió sendos contratos de préstamo hipotecario con la misma entidad bancaria. Samuel fue fiador solidario en el primero de los contratos. Bárbara y Samuel presentaron una demanda en la que ejercitaron una acción individual de nulidad de varias de las condiciones generales de la contratación incluidas en los dos contratos.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró, entre otras y en lo que ahora interesa, la nulidad de las cláusulas de gastos y de vencimiento anticipado de las dos escrituras de préstamo hipotecario suscritas por las partes. La audiencia confirmó esta sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la entidad bancaria.

NOTA.— Véase la nota al extracto anterior, publicado en este fascículo del ADC, de la STS de 12 de noviembre de 2019 (Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres). (*I. D.-L.*)

17. Cláusula de vencimiento anticipado. Efectos de la declaración de abusividad de la cláusula sobre el proceso de ejecución hipotecaria. La nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no veda el acceso al procedimiento de ejecución hipotecaria. Validez del vencimiento anticipado ejecutado conforme al artículo 693.2 LEC en sustitución de la cláusula contractual anulada.—En la sentencia 463/2019, de 11 de septiembre, hemos establecido que, para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del artículo 693.2 LEC —como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016. Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero.

Es decir, que los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida y la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo.

En el caso litigioso, la Audiencia Provincial no ignoró dicha interpretación, sino que, con cita expresa de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/2011) y de la sentencia de esta sala 705/2015, de 23 de diciembre, ponderó la gravedad del incumplimiento en relación con las circunstancias expuestas en tales resoluciones y llegó a la conclusión de que el ejercicio por el prestamista de la facultad de vencimiento anticipado fue correcto. Y consideró que la nulidad de la cláusula no vedaba el acceso al procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando se hizo, no por la previsión contractual anula-

da, sino en uso de una facultad legalmente prevista (**STS de 8 de enero de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Vera Torres.]

HECHOS.—La demandante había suscrito una escritura de préstamo con garantía hipotecaria. Entre las cláusulas figuraba la resolución y vencimiento anticipado del contrato por la entidad bancaria, además de por las causas generales previstas en las leyes, en el supuesto de falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos establecidos en la cláusula segunda. Al dejarse de pagar cinco cuotas de amortización, la entidad prestamista dio por vencido el préstamo e instó la ejecución hipotecaria. En el procedimiento de ejecución se adjudicó el piso hipotecado a la ejecutante. La dueña del piso presenta demanda instando la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y la nulidad del procedimiento hipotecario. El juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido. Asimismo, declaró el derecho de la demandante a recuperar la propiedad y la posesión del inmueble hipotecado y adjudicado a la ejecutante. La Audiencia Provincial revoca la sentencia recurrida, en el sentido de dejar sin efecto la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia reproduce la doctrina del Tribunal Supremo sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado sobre el préstamo hipotecario. Según la STS 463/2019, de 11 de septiembre, que se dictó en aplicación de los criterios facilitados por el TJUE —en la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los autos de 3 de julio de 2019—, el préstamo hipotecario es un negocio jurídico complejo, cuyo fundamento común para las partes es la obtención de un crédito más barato a cambio de una garantía eficaz en caso de impago. En consecuencia, la supresión de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado que sustenta esta garantía causaría la nulidad total del contrato. Esta ineficacia total del negocio expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales como la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria o el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa. Para evitar esas consecuencias el TJUE había admitido que la cláusula abusiva se sustituyese por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, en referencia al artículo 693.2 LEC en su redacción del año 2013. No obstante, se considera más lógico, en el momento actual, tener en cuenta el artículo 24 de la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, como norma imperativa más beneficiosa para el consumidor. Lo que viene a significar que, para el Tribunal Supremo, a pesar de la nulidad de la cláusula contractual, se puede instar el vencimiento anticipado y, por tanto, la ejecución del procedimiento hipotecario siempre que el incumplimiento contractual reúna los requisitos de especial gravedad y proporcionalidad en relación con el importe total adeudado y dura-

ción del contrato. En el caso de la sentencia, la cláusula contractual de vencimiento anticipado no supera los estándares establecidos en la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, pues ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. En cuanto a la validez del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra la vivienda hipotecada o, más concretamente, la validez del vencimiento anticipado ejercitado por el banco, que dio lugar al despacho de ejecución, se da la razón a la entidad bancaria, pues, el tribunal entendió que se ejercitó conforme con lo establecido en el artículo 693.2 LEC, en su redacción dada por la ley 5/2019, de 15 de marzo y la jurisprudencia que lo interpreta (*C. O. M.*)

18. La categorización entre mandato general o especial (art. 1712 CC) debe ser distinguida de aquella entre mandato general o expreso (art. 1713 CC).—El Tribunal Supremo cree conveniente recordar esta distinción. En el artículo 1712 CC, el mandato general comprende la totalidad de los negocios del mandante, mientras que el mandato especial se refiere a uno o varios negocios determinados. Es decir, se toma en consideración el «ámbito de los asuntos o intereses del principal». Por el contrario, el artículo 1713 CC gira en tono a la naturaleza de los actos, y sobre ella se construye la distinción entre el mandato general (que solo faculta para realizar actos de administración) y el mandato expreso (requerido para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio).

Suficiencia de poder de representación.—La concesión de un poder de representación genérico, sin una suficiente especificación de las facultades conferidas, y en el que no conste de manera inequívoca la atribución de facultades para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, hace que el apoderado se vea limitado a los actos de administración. Sin embargo, si al documentar el poder de representación se hace constar la facultad de ejecutar actos de enajenación, no es preciso especificar los bienes concretos sobre los que se proyecta la referida facultad, bastando una referencia genérica a los bienes del poderdante. Por consiguiente, debe corregirse el criterio de la STS 687/2013, de 6 de noviembre, de acuerdo con la cual «el mandato representativo cuyo poder viene a referirse a un acto o actos de disposición, sólo alcanza a un acto concreto cuando éste ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada».

Abuso de poder de representación.—La validez y suficiencia de un poder no conlleva necesariamente la validez y eficacia del negocio celebrado en representación, pues puede haberse llevado a cabo un uso abusivo de aquel. Esto es lo que sucede en el caso resuelto. La sentencia recurrida examinó las condiciones y circunstancias del negocio y concluyó que, tal y como sostenía la demandante, la operación tenía un carácter usurario. Esto llevó a la Audiencia Provincial a la convicción de que la poderdante no había dado su consentimiento para una operación que implicaba disponer de su vivienda habitual por un precio calificado como «irrisorio» y en garantía de un préstamo personal del que no se conocía su finalidad, concluyendo que el apoderado había realizado un ejercicio incorrecto de las facultades conferi-

das. (STS de 27 de noviembre de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 23 de julio de 2013, Ginés compareció ante un notario para otorgar dos escrituras, interviniendo en ambas tanto en su propio nombre como en representación de su madre, Irene. La primera de ellas tenía por objeto la concesión de una opción de compra sobre determinados bienes a favor de un tercero. Mediante la segunda escritura, Ginés y Irene reconocían adeudar solidariamente a una cuarta persona 24.000 euros en concepto de préstamo, declarando haberlos recibido en metálico ese mismo día. El 21 de diciembre de 2013 se produjo el fallecimiento repentino de Ginés. Posteriormente, el 9 de marzo de 2015, Irene ejercitó una acción de nulidad de contratos contra los beneficiarios respectivos de las dos escrituras, solicitando la declaración de nulidad absoluta de las actuaciones y negocios jurídicos realizados por Ginés en su nombre y representación, tanto con relación al derecho de opción de compra, como con relación al préstamo. La demandante alegó que el otorgamiento de las dos escrituras fue realizado con un ejercicio abusivo de las facultades conferidas en un poder general, lo que determinaba un uso incorrecto del mandato.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda porque no consideró acreditado el exceso de poder, subrayando que la demandante no había aportado la escritura correspondiente y que dicho exceso no se apreciaba a la vista de las circunstancias. La Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró la nulidad de las actuaciones y negocios realizados por Ginés en representación de Irene. Finalmente, el Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos, confirmando el fallo de la sentencia recurrida. (R. P. C.)

19. Contrato de fianza. Fidor: acciones.—El fidor que paga la obligación garantizada dispone de dos acciones para hacer efectiva la vía de regreso frente al deudor principal: un derecho de reembolso (art. 1838 CC) y una facultad de subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1839 CC). El Código Civil reconoce al fidor que paga una doble facultad, derivada de su condición de acreedor del deudor principal que adquiere al pagar la deuda garantizada, con una misma finalidad (que el cumplimiento de la obligación de fianza no le suponga un quebranto patrimonial) pero de contenido diverso, entre las que el fidor puede elegir. Se trata de mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para la efectividad de un principio básico de la regulación de las garantías otorgadas por terceros, como es que el tercero que paga, y se convierte por ello en acreedor del deudor principal, no sufra, en lo posible, un quebranto patrimonial y pueda resarcirse con cargo al deudor principal, que no pagó.

Responsabilidad de los administradores. Incumplimiento del deber de promover la disolución: justificación.—La justificación de esta responsabilidad radica en el riesgo que se ha generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago.

En suma, el reproche jurídico que subyace a la responsabilidad del artículo 367 Ley de Sociedades de Capital (LSC) se funda en el incumpli-

miento de un deber legal (de promover la disolución de la sociedad o, en su caso, de instar el concurso de acreedores). La Ley en esos casos, estando la sociedad incurso en una de las causas legales de disolución, constituye al administrador en garante solidario de las deudas surgidas a partir de entonces, si incumple el deber legal de disolver dentro del plazo legal.

Incumplimiento del deber de promover la disolución: alcance.—La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital prevista en el artículo 367 LSC, que se anuda al incumplimiento de los deberes legales de promover la disolución de la sociedad, estando esta incurso en causa legal de disolución, lo es respecto de las deudas sociales posteriores a la aparición de la causa de disolución y se entiende por deudas posteriores, las que hubieran nacido después del acaecimiento de la causa de disolución.

Concurso de acreedores. Pago por fiador: naturaleza.—Si a los efectos del concurso del deudor, donde resulta relevante la fecha del nacimiento del crédito para considerarlo concursal o contra la masa, el pago del fiador, de un crédito concursal, con posterioridad a la declaración de concurso no hace nacer un crédito nuevo merecedor de la consideración de contra la masa, sino que simplemente se prevé la sustitución del acreedor por el fiador en la titularidad del crédito. Esto que resulta muy claro en el caso de la acción subrogatoria del artículo 1839 CC, también lo sería cuando en la acción de reembolso se reclama la deuda satisfecha por el fiador y los intereses (ordinales 1.º y 2.º del art. 1838 CC).

Pago por fiador: posterior a declaración de concurso.—El pago del fiador, con posterioridad a la declaración de concurso, le legitima para sustituir al acreedor originario como titular del crédito, que seguirá siendo concursal, sin que el hecho de gozar el fiador, no sólo de la acción subrogatoria (art. 1839 CC), sino también de la de reembolso (art. 1838 CC), permita concluir que la obligación frente al deudor nació con el pago posterior a la declaración de concurso y por ello su crédito es contra la masa. En todo caso, el fiador que paga con posterioridad a la declaración de concurso del deudor se subroga en la titularidad del crédito, que mantiene la consideración de concursal.

Pago por fiador: responsabilidad de administrador.—En el caso de la acción de responsabilidad *ex* artículo 367 LSC, en que también es relevante la fecha del nacimiento de una deuda social para determinar si queda cubierta por esta responsabilidad, el pago por el fiador de una deuda social con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución tampoco supone el nacimiento de una nueva deuda social para hacer responsable de ella al administrador que incumplió los deberes de disolución, sino, en su caso, la legitimación del fiador para reclamar frente a la sociedad la deuda social satisfecha y sus intereses. (**STS de 16 de enero de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—L. y E. estuvieron casados. E es administrador de la sociedad P. e I. H. G., S. L., y L. avaló varias pólizas bancarias de préstamo o crédito concedido a dicha sociedad. Ante el impago de las mismas por la sociedad, uno de los acreedores financieros se dirigió frente a la fiadora, L., quien abonó determinada cantidad. La representación procesal de L interpuso demanda ejercitando dos acciones de responsabilidad frente a E., en su calidad de administrador de la referida entidad mercantil, una *ex* artículo 367 LSC, basada en el incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad, estando incurso en causa legal de disolución, por la

que reclamaba la responsabilidad solidaria respecto de la deuda social; y otra *ex* artículo 241 LSC, la acción individual basada en que el cierre de hecho de la sociedad frustró el cumplimiento de la reseñada deuda social. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo desestimó la demanda entendiendo, respecto a la acción de responsabilidad *ex* artículo 367 LSC, que la aparición de la causa de disolución fue posterior al nacimiento de la deuda social, para ello, afirmó que el crédito de la fiadora, ahora demandante, había nacido al asumir la fianza y no al pagar al acreedor principal el crédito afianzado. En segundo lugar, desestimó la acción individual porque no constaba que una ordenada liquidación hubiera permitido la satisfacción del crédito de la demandante. Recurrida en apelación por la representación procesal de E., la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Asturias desestimó el recurso y ratificó que la obligación de la sociedad de restituir a la fiadora, L., lo satisfecho por ésta en virtud de la fianza, nace en el momento de constituirse la póliza de crédito afianzada, y no cuando más tarde la fiadora pagó el crédito afianzado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que la STS 2387/2019, de 15 de julio afirmó, al respecto, que para que los administradores sociales deban responder al amparo de lo dispuesto en el artículo 367 LSC, se requieren los siguientes requisitos: 1) la concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad previstas en el artículo 363.1 LSC; 2) la omisión por los administradores de la convocatoria de junta general para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción de sus causas, o de la solicitud de concurso, o la disolución judicial; 3) el transcurso de dos meses desde que concurre la causa de disolución o desde la fecha de la junta contraria a la disolución; 4) la imputabilidad al administrador de la conducta pasiva; y 5) la inexistencia de causa justificadora de la omisión. El análisis comparativo de los requisitos exigibles para las acciones individual y social pone en evidencia que la responsabilidad solidaria frente a los acreedores por deuda social regulada en el artículo 367 LSC genera una acción diferente de las previstas en la propia Ley de Sociedades de Capital en los artículos 238, acción social por daño a la sociedad y 241, acción individual por daño a socios y terceros. En concreto, cuando se trata de la acción prevista en el artículo 367 LSC no es precisa la existencia de daño. Más aún, su objeto no es la indemnización por daño, por más que en ocasiones se identifiquen el daño con el importe de la deuda impagada y ni siquiera es preciso que la sociedad esté en situación de insolvencia, de hecho, se trata de una institución preconcursal dirigida a la liquidación societaria. Por otro lado, el mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse su crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el artículo 367 LSC. Por el contrario, al contratar en esas circunstancias, conoce la garantía legal que supone respecto del cobro de su crédito que el reseñado precepto haga al administrador responsable solidario de su pago por no haber promovido la disolución, si es que concurría causa legal para ello. La buena fe es exigible en el ejercicio de la acción de responsabilidad

por deudas, por lo que no cabe exigir responsabilidad a los administradores cuando la pretensión rebasa los límites de aquella, luego no cabe oponer frente al acreedor la mala fe derivada exclusivamente de su conocimiento de la precaria situación de la sociedad. Así, para entender concurrente la mala fe no es suficiente que el acreedor tenga conocimiento de que la sociedad se halla en situación delicada. Esta postura de la jurisprudencia se vio reforzada por la regulación posterior a la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, a partir de la cual los administradores sólo responden de los créditos nacidos con posterioridad a la aparición de la causa de disolución. De tal manera que si se admitiera que esta responsabilidad por deudas no opera cuando el acreedor conocía al tiempo de contratar la situación de crisis económica de la sociedad, se vaciaría de contenido el precepto, pues en el caso más común de pérdidas que dejan el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que no tiene por qué ir asociada a la insolvencia, pero en la mayor parte de los casos sí va ligada a ella, la mayoría de quienes siguen contratando y suministrando a la sociedad conocen su precaria situación económica. (N. D. L.)

20. La culpa como criterio de imputación.—El mero hecho de que se haya producido un daño no puede entenderse como prueba de la culpa, pues ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC. La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Un comportamiento culposo es aquel que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la carga de probar la falta de culpa, mientras que, para el resto de actividades, rige el artículo 217 LEC y, por lo tanto, corresponde al dañado la carga de la prueba de la culpa. La jurisprudencia no ha llegado a convertir el riesgo en criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC y no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba con carácter general, salvo en los casos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole. (STS de 17 de diciembre de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 25 de julio de 2020, T, de seis años de edad, se encontraba en compañía de su hermano, de siete años, su madre y otras personas allegadas en la piscina de la urbanización. Mientras la madre en encontraba temporalmente ausente del lugar, el niño quedó bajo el cuidado de la pareja de aquélla. T se hundió en el agua, siendo alertada la socorrista por un vecino que se encontraba asomado a la ventana, ante lo cual, de forma inmediata, se lanzó al agua, rescatando al niño, con la ayuda del padre de la pareja de la progenitora del menor, comenzando las operaciones de reanimación, siendo ayudada la socorrista por un vecino médico. Posteriormente, se personaron en el lugar dos miembros de la unidad de

SAMU, que trasladaron al niño al hospital, donde terminó falleciendo. La sumersión del niño en el agua se produjo sin aspavientos ni gritos de socorro. Los abuelos maternos del menor, que tenían al niño bajo régimen de acogimiento, presentaron demanda contra: 1) la socorrista; 2) la empresa para la que prestaba sus servicios; 3) la comunidad de propietarios de la urbanización; 4) las respectivas compañías de seguro.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, motivo por el cual recurrieron en apelación, que fue igualmente desestimado por la Audiencia Provincial. En ambas instancias no se apreciaron causas para la imputación jurídica del daño a conducta culposa de las codemandadas. Los demandantes formularon recurso de casación, alegando la infracción del artículo 1902 CC, sobre responsabilidad extracontractual directa de la socorrista, y el artículo 1903 CC, concerniente a la responsabilidad por hecho ajeno de la empresa para la que trabajaba dicha demandada.

Según el Tribunal Supremo, la estimación del recurso exigiría apreciar un comportamiento culposo en la actuación de la socorrista, en la medida en que la obligación de reparar el daño, que impone el artículo 1902 CC, se fundamenta en la omisión de la diligencia debida. Dado que en estos supuestos no se aplica un régimen de responsabilidad objetiva, la socorrista no tiene por qué responder de todos los daños generados en el círculo espacio-temporal en el que desempeña sus servicios. Es preciso, para ello, que quepa hacerle un reproche culpabilístico, cuya carga de la prueba corresponde al demandante. Entiende el Tribunal Supremo que, para apreciar responsabilidad en los casos de daños personales con ocasión de bañarse en una piscina, es preciso que se dé alguna de estas circunstancias: a) que los vigilantes no se hallen en el lugar del accidente; b) que no exista personal adecuado de vigilancia; c) que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura; d) que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de una piscina o cualquier otro análogo que permita fundar el reproche culpabilístico. Ninguna de estas circunstancias concurre. La conducta de la demandada, hallándose presente en el entorno de la piscina, sin la constatación previa de ninguna situación de peligro, que debiera ser prevenida, y reaccionando inmediatamente ante el suceso acaecido, sin creación de una situación adicional de peligro por su parte, por incumplimiento de los deberes de diligencia que le incumbían, no permite realizarle un juicio de imputación jurídica del resultado producido. En general, el baño en una piscina no constituye una situación de riesgo. No nos hallamos ante una actividad generadora de anómalos o excepcionales peligros, sin perjuicio de que deban ser prevenidos los riesgos propios, que implica el disfrute de dicha actividad de ocio. En consecuencia, el Alto Tribunal acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—Sobre la apreciación de la culpa como una cuestión jurídica no fáctica, *vid.* las SSTs de 21 de octubre de 2002, 21 de julio de 2008, 19 de mayo de 2014, 18 de mayo de 2016, 3 de junio de 2016 y 10 de diciembre de 2018. Respecto a la carga de la prueba en sistemas de responsabilidad subjetiva, *vid.* las SSTs de 5 de

abril de 2020, 18 de marzo de 2016 y 24 de mayo de 2018. Por otro lado, el Tribunal Supremo no ha elevado el riesgo como criterio de responsabilidad del artículo 1902 CC, tal como ha señalado en sus sentencias de 6 de abril de 2000, de 10 de diciembre de 2002, 17 de junio de 2003, 6 de septiembre de 2005, 10 de junio y 11 de septiembre de 2006. Finalmente, por lo que se refiere a supuestos de daños ocasionados en piscinas, donde el Alto Tribunal llegó a la misma conclusión que la alcanzada en la sentencia que ahora se reseña, *vid.* sus sentencias de 23 de noviembre de 1982, 14 de junio de 1984, 10 de abril de 1988, 23 de febrero de 1995, 2 de septiembre de 1997, de 14 noviembre de 2002 y 30 de julio de 2008. (*S. L. M.*)

21. Responsabilidad civil del notario.—La ausencia de un régimen específico, que regule de forma general la responsabilidad de los notarios, determina que sean de aplicación las reglas generales de la responsabilidad contractual (art. 1101 CC) y extracontractual (arts. 1902 y 1903 CC) (STS de 19 de diciembre de 2018).

Requisitos.—Los requisitos para que nazca la obligación del notario de indemnizar los daños y perjuicios irrogados a los otorgantes o a terceros, por acto jurídicamente imputable a su actuación profesional, son los propios de una responsabilidad civil: a) una acción u omisión por parte del notario; b) la concurrencia de dolo, culpa o ignorancia inexcusable, en el desempeño de las funciones propias de su cargo, y, entre ellas, las derivadas del ejercicio de la fe pública notarial, que ostenta con independencia y autonomía. El nivel de diligencia exigible no es el propio de un buen padre de familia, de un hombre normal y prudente, sino el correspondiente a una diligencia profesional, en el sentido de especial, cualificada e intensa; c) el daño, como presupuesto ineludible de toda responsabilidad civil; y d) el correspondiente nexo causal entre la acción u omisión del notario interviniente y el resultado dañoso producido.

Su responsabilidad no es objetiva.—La responsabilidad civil del notario no se construye bajo fórmulas de responsabilidad objetiva, que discurren al margen de la concurrencia del elemento subjetivo de la culpa en la génesis del daño.

El artículo 146 RN establece una norma de imputación subjetiva de la responsabilidad que exige determinar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la actuación de los notarios se desarrolló dentro de los parámetros razonables de la diligencia exigible, teniendo en cuenta el especial grado de diligencia que se impone a los notarios en el ejercicio de sus funciones, dada su alta cualificación profesional, en una sociedad en la que es notorio el incremento de la complejidad y proliferación de las actuaciones jurídicas (STS de 5 de febrero de 2000) y el grado de previsibilidad que la situación producida presentaba (STS 9 de marzo de 2012).

El juicio notarial de identidad de los comparecientes en los documentos públicos.—Tiene carácter fundamental, tanto respecto a los propios comparecientes, que han de ser debidamente individualizados por el notario, como con relación a terceros, que pueden verse perjudicados por la introducción de un instrumento público irregular en el tráfico jurídico, con suplantación de la personalidad y atribución ilegítima de los derechos que dimanen del acto jurídico autorizado. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha puesto de relieve, de forma reiterada, que en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se

encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (Resoluciones de 2 de octubre de 2003, 26 de marzo de 2004, 17 de agosto de 2011 y 21 de marzo de 2016, entre otras muchas).

Valor del D.N.I. en la identidad de los comparecientes por el notario.—Su comprobación a través de sus D.N.I. no sólo está especialmente contemplada como un medio supletorio de identificación en el artículo 23 de la *Ley del Notariado*, sino que constituye un documento con valor normativo para acreditarla, siempre que se haga por medio de los originales del D.N.I. de los comparecientes, con escrupulosa observancia de lo dispuesto en apartado c) del citado artículo, sin que exista prueba alguna de que el documento falsificado constituya una alteración burda fácilmente detectable por tercero y, por ende, por el notario. (**STS de 18 de diciembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En varias escrituras públicas otorgadas ante un notario de Madrid, quedó acreditado, mediante un informe pericial sobre firmas, llevado a cabo en un procedimiento penal, que las que contenían las escrituras, así como la obrante en un acta de exhibición de documento realizada ante el mismo notario, eran falsas, no habían sido realizadas por la persona que figuraba en ellas.

Fermina y Juan Alberto, matrimonio, presentaron una denuncia contra el notario autorizante de los instrumentos públicos mencionados, ante el Colegio de Notarios de Madrid, que fue archivada. El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda presentada por éstos contra el notario autorizante, en reclamación de la suma de 181.608 €, en concepto de daños y perjuicios, al no apreciar culpa del referido fedatario público en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales de identificación de los otorgantes de los instrumentos públicos litigiosos que perjudicaban a los actores. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D.-L.*)

22. Seguro obligatorio de vehículos: Cobertura de la aseguradora: Incendio de un vehículo estacionado en un garaje privado: Hecho de la circulación.—La STJUE de 19 de junio de 2019 ha declarado que «el artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de “circulación de vehículos” que figura en esta disposición una situación, como la del litigio principal, en la que un vehículo estacionado en un garaje privado de un inmueble y utilizado conforme a su función de medio de transporte comenzó a arder, provocando un incendio que se originó en el circuito eléctrico del vehículo y causando daños en el inmueble, aun cuando el vehículo llevara más de 24 horas parado en el momento en que se produjo el incendio». A la vista de este pronunciamiento, el Tribunal Supremo declara que la aseguradora del vehículo debe indemnizar los daños causados a la vivienda en cuyo garaje se encontraba estacionado. (**STS de 17 de diciembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Un vehículo adquirido unos días antes y que se encontraba aparcado en el garaje de una vivienda unifamiliar desde hacía un día y medio (entre tanto había sido encendido, sin moverlo), comenzó a arder y provocó un incendio que causó daños en

dicho inmueble. El incendio se originó en el circuito eléctrico del vehículo. La entidad aseguradora de la vivienda abonó a su asegurada 44.704,34 euros por los daños sufridos como consecuencia del incendio, y posteriormente interpuso una demanda contra la compañía aseguradora del vehículo, solicitando su condena al pago de la suma indicada. En opinión de la demandante, el siniestro constituye un hecho de la circulación cubierto por la aseguradora demandada.

La demandada opuso la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que entendía que debían haber sido demandados el fabricante y el vendedor del producto presuntamente defectuoso, en este caso el vehículo. Desde el punto de vista sustantivo, negó que el incendio constituyese un hecho de la circulación, al estar el vehículo estacionado en el interior de un garaje desde hacía más de un día y medio. Las circunstancias del siniestro llevaban a la conclusión de que el origen del incendio no estaba en la circulación, sino en un defecto de fabricación que afectaba al sistema de climatización, y para cuya reparación ya se había pedido cita en el concesionario correspondiente.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque el incendio no podía ser calificado como un hecho de la circulación, entendiendo que esta calificación requiere que el siniestro se produzca como consecuencia de un riesgo creado por la conducción. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad aseguradora de la vivienda, revocando la sentencia del Juzgado y estimando la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de apelación recurrida.

NOTA.—La STJUE de 20 de junio de 2019, *Línea Directa Aseguradora*, C-100/18, ECLI: EÚ: C:2019:517, cuyos apartados sobre el fondo son reproducidos íntegramente por parte del Tribunal Supremo, trae causa de las cuestiones prejudiciales elevadas por este último en el marco del proceso. (*R. P. C.*)

23. Responsabilidad por productos defectuosos: responsabilidad del distribuidor.—El artículo 135 TRLGDCU atribuye a los productores (concepto definido en el art. 138 TRLGDCU) la responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos que fabriquen o importen. No obstante, el artículo 138.2 TRLGDCU recoge una excepción al principio general anterior. En este sentido, recae la responsabilidad en el proveedor (suministrador o distribuidor) cuando el productor no puede ser identificado y aquel no indique al dañado o perjudicado, dentro de un plazo de tres meses, la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él el producto. Afirma el Tribunal Supremo que, de acuerdo con la finalidad de la norma, la imposibilidad de identificación del productor no tiene que ser absoluta: «en función de las circunstancias del caso concreto, bastará con que a la víctima no le resulte posible de una manera razonable identificar al productor».

No basta con que el distribuidor niegue su condición de productor.—El Tribunal Supremo recuerda que el suministrador del producto defectuoso no evita su responsabilidad con la simple indicación al perjudicado de que él no es el productor; deberá comunicar la identidad de este o la de su propio suministrador «por iniciativa propia y de manera diligente», tal y como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Inicio del cómputo del plazo de tres meses para comunicar la identidad del productor o del suministrador propio.—El plazo de tres meses al que se refiere el artículo 138.2 TRLGDCU empieza a correr en el momento en el que la víctima o el perjudicado se ponen en contacto con el suministrador y le dan a conocer los daños derivados del producto defectuoso, sin que la ley española establezca una forma determinada para hacerlo. En el marco de la controversia planteada, el distribuidor no había comunicado la identidad del fabricante hasta la contestación de la demanda, momento en el que habían transcurrido más de tres meses desde que había recibido la primera comunicación por parte de la víctima (**STS de 21 de enero de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 6 de junio de 2011, la demandante se había sometido a una intervención quirúrgica para reemplazar una prótesis de cadera que le había sido implantada el 14 de diciembre de 2009, después de que en el año 2010 el fabricante anunciase la retirada del mercado de las prótesis del tipo de la implantada, recomendando un control para asegurar su correcto funcionamiento aunque no hubiera síntomas.

El 21 de noviembre de 2012, la paciente interpuso una demanda contra «Johnson and Johnson y De Puy ambas con sede social en paseo de las Doce Estrellas 5-7 de Madrid» (la segunda de las cuales se había extinguido por absorción fusión, pasando a ser Johnson & Johnson S. A., según relata la sentencia), así como también contra el hospital en el que se había llevado a cabo la intervención en el año 2009, y contra el cirujano que la había practicado. No obstante, en diferentes momentos posteriores desistió de su demanda frente al hospital, frente al cirujano, y frente a De Puy (que no había contestado a la demanda), quedando por tanto como única demandada la empresa distribuidora de la prótesis. El Tribunal Supremo constata que la demandante creía que la misma entidad ostentaba las condiciones de fabricante y distribuidor, convicción a la que había llegado en gran medida por el comportamiento del distribuidor antes de la interposición de la demanda. La demandante alegaba que había empezado a sentir molestias en marzo de 2011 y que había sufrido daños y secuelas como consecuencia de que la prótesis era defectuosa, pidiendo una indemnización de 819.000 euros.

En su contestación a la demanda, la entidad alegó, en lo que interesa a efectos del recurso de casación interpuesto, falta de legitimación pasiva. Señaló que la prótesis había sido fabricada por De Puy International Ltd., mientras que la demanda se había dirigido frente a «De Puy», denominación que se corresponde con una marca y no con una compañía. También sostuvo que la demandante sabía quién era el fabricante del producto, extremo que resultaba de la documental aportada, por lo que, siendo la entidad demandada únicamente la distribuidora, solo debería declararse su responsabilidad si se hubiese acreditado que había suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto (art. 146 TRLGDCU), lo que no había sucedido.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a la entidad demandada a abonar a la actora 515.647,8 euros. Interpuesto recurso de apelación por la conde-

nada, la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos, y confirma la sentencia recurrida.

NOTA.—Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo citan la STJUE de 2 de diciembre de 2009, *Aventis Pasteur*, C-358/08, ECLI: EU: C:2009:744. Esta resolución europea resulta de gran interés en relación con la responsabilidad del suministrador del producto defectuoso cuando el fabricante no es identificado, en el marco de la Directiva correspondiente. (R. P. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

24. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos. Ausencia de unanimidad en el alegado acuerdo de constitución. Unanimidad innecesaria: el acuerdo solo pretendía formalizar la constitución de la Comunidad de Propietarios que ya había sido constituida.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que no es necesaria unanimidad en el acuerdo de formalización de la constitución de una Comunidad de Propietarios, toda vez que esta ya había quedado constituida con carácter previo como consecuencia de la disolución de la Entidad Urbanística de la que provenía. No se trata, pues, de un acuerdo de constitución sino de la formalización de una constitución ya acaecida. (STS de 21 de enero de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—C. y S. copropietarios de un inmueble sito en un complejo urbanístico, demandaron a la Comunidad de Propietarios ejercitando acción de impugnación de acuerdos adoptados en Junta de propietarios de diciembre de 2014 por vulnerar el artículo 17 LPH que exige unanimidad para la aprobación de las reglas del título constitutivo.

Para la resolución resulta decisivo determinar cuándo quedó constituida efectivamente la Comunidad de Propietarios, para lo que es relevante destacar su origen: 2008 se constituyó una Entidad urbanística dependiente del Ayuntamiento de una localidad madrileña. En Asamblea de la Entidad Urbanística celebrada en diciembre de 2013, fue aprobado el acuerdo de disolución de la misma y la solicitud al Ayuntamiento de la recepción total de la urbanización/complejo urbanístico. En julio de 2014 fue celebrada Asamblea de la Entidad Urbanística en la que se acordó su liquidación y la cesión al Ayuntamiento de los créditos de la Entidad contra los propietarios en situación de morosidad, entre los que se encontraban los ahora demandantes. Como consecuencia de lo anterior, propietarios de la Urbanización que representaban el 25 % de las cuotas de participación solicitaron la convocatoria de Junta de propietarios que fue celebrada en febrero de 2014 en la que se adoptaron los acuerdos impugnados.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda comprendiendo que la Junta impugnada tenía por objeto formalizar una situación jurídica anterior (Comunidad de Propietarios), ocasionada por la liquidación de la Entidad urbanística. Por su parte, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes al entender que antes de la celebración de la Junta febrero de 2014 el complejo urbanístico no había adoptado ninguna de las formas a que se refiere el artículo 24.2 LPH, por lo que fue en aquella Junta en la que se constituyó, sin obtener la unanimidad necesaria.

Finalmente, la Sala Primera del Tribunal Supremo casó la sentencia de apelación, desestimando íntegramente la demanda, al declarar que la Comunidad ya estaba constituida, por su propia configuración física y jurídica, puesto que la urbanización gozaba de elementos privativos y comunes, con coeficientes de participación específicamente señalados desde la constitución de la entidad urbanística colaboradora. En conclusión, el acuerdo impugnado solo pretendía dar forma a una comunidad ya existente, por lo que no era precisa la unanimidad, ya que no se pretendía la constitución sino la formalización. (A. A. O.)

25. Propiedad Intelectual. Originalidad de la obra. Trabajo de investigación en Historia del Derecho. La originalidad propia del acto creativo se determina por la forma en que las ideas son expuestas, independientemente de que se trate de ideas ya conocidas o expuestas en la comunidad científica.—Las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual por razón de su contenido, ni de la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria o artística de su expresión (STS de 8 de noviembre de 2012). Es cierto que no cualquier texto escrito goza por sí solo de originalidad, pues se exige un mínimo de creatividad intelectual, de la que carecen, por ejemplo, lo «que es común e integra el acervo cultural generalizado o los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos» (STS de 28 de enero de 1995). Pero esa exigencia de creatividad no justifica que, en un ámbito como el del presente recurso (estudios de Historia del Derecho), se asocie con el juicio que sobre la originalidad de las ideas expuestas pudieran hacer los conocedores de la materia, sino con la forma en que son expuestas. De tal modo que, al margen de que lo revelado por el actor pudiera ser ya conocido en esa especialidad científica, lo verdaderamente relevante es que la forma en que se expuso difería de lo ya existente y no constituía un lugar común. En un caso como el presente en que la reproducción de los epígrafes se ha realizado de forma prácticamente literal, no cabe escudarse en que las ideas transmitidas constituían un conocimiento común para negar originalidad a la obra parcialmente reproducida. El plagio se verifica con la reproducción literal del texto. (STS de 16 de enero de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—M. A. había cursado estudios de doctorado y para obtener la suficiencia investigadora realizó un trabajo de investigación bajo la dirección del demandado J. E. Éste le facilitó la información necesaria así como la orientación adecuada para llevarlo a

cabo. Evaluado favorablemente por un tribunal, el trabajo fue publicado en el repositorio institucional de la biblioteca universitaria. El origen del trabajo realizado se encontraba en una conferencia que M. A. había impartido, por invitación de J. E., sobre el mismo tema para lo cual había recibido toda la información precisa de su director sobre la cuestión. A destacar que J. E. gozaba de una reconocida autoridad en la materia objeto de la conferencia y del posterior trabajo de investigación. Unos años después, J. E. publicó sendos trabajos en los que reprodujo literalmente determinados apartados del que había escrito el doctorando. M. A. interpuso una demanda por infracción de derechos de autor al entender que se había producido un plagio de su obra y solicitó la condena de J. E. al pago de 30.000 €. El Juzgado de lo Mercantil desestimó la acción por considerar que la obra no gozaba de la originalidad precisa para obtener la protección dispensada por la Ley de Propiedad Intelectual. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Burgos acogió el recurso de apelación al considerar que lo que realmente existía era una infracción del derecho de reproducción, sin que fuera entonces preciso exigir una originalidad objetiva para determinar el plagio, condenando al demandado al pago de 3.000 € en concepto de indemnización. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

DERECHO DE FAMILIA

26. Sociedad de gananciales. Liquidación. Dinero privativo depositado en cuenta corriente de titularidad conjunta. No pierde su naturaleza privativa aunque se invierta en atender las cargas de la sociedad de gananciales.—Queda acreditada la naturaleza privativa del dinero depositado en una cuenta conjunta en la que se confunde con el caudal ganancial, así como que tales cantidades fueron gastadas en interés de la sociedad, o para hacer frente a pagos que son de cargo de la sociedad. Pero ello no otorga a dichos importes el carácter de ganancial; antes al contrario, de acuerdo con la doctrina de la Sala, debe reconocerse la procedencia de un derecho de crédito a favor de la recurrente (art. 1.364 CC), por el importe de dichas sumas de dinero privativo aun cuando la titular no se hubiera reservado un derecho de repetición. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que los pagos de minutas de abogados y procuradores correspondientes a los procedimientos seguidos para el reconocimiento de las indemnizaciones percibidas por el accidente de circulación, y que la misma esposa aporta en su demanda, deben ser asumidos en exclusiva por la demandante, por tratarse de gastos empleados en la obtención de un bien privativo. (**STS de 11 de diciembre de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excm.a. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La actora, constante su matrimonio en régimen de gananciales, había recibido diversas cantidades, una por herencia y otras como pago de indemnizaciones por un accidente sufrido, que fueron ingresadas en una cuenta corriente de titularidad conjunta con su marido. Quince años después el matrimonio se divorció y en el procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales,

la actora solicita y obtiene en primera instancia la inclusión de dichas sumas en el pasivo de la sociedad. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación del exmarido y excluyó como deudas de la sociedad el importe de tales cantidades al considerar que hubo una voluntad inequívoca de la esposa de otorgar a dichas cantidades el carácter de ganancial, lo que se derivaba de haber sido depositadas en una cuenta conjunta y destinarse el dinero a atender necesidades corrientes de la familia; y, especialmente, por no reservarse la interesada un derecho de repetición. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación al entender que dicho criterio era contrario a la doctrina de la Sala.

NOTA.—Con esta sentencia se consolida lo que viene siendo el criterio último de la Sala, en cuanto al reembolso de cantidades privativas invertidas en atenciones o gastos familiares que representan cargas de la sociedad de gananciales. En este sentido, habían sido frecuente en la jurisprudencia menor los fallos que reconocían sin más la naturaleza ganancial del dinero, inicialmente privativo, invertido en gastos propios de la sociedad; y, a lo sumo, admitían la pervivencia del derecho de reembolso siempre y cuando el cónyuge interesado hubiera hecho reserva del derecho a recuperar tales cantidades. Sin embargo, ya en las SSTs de 27 de mayo y 11 de julio de 2019 niega la necesidad de que deba hacerse una reserva previa del derecho a reclamar el reintegro de esos importes, que solo se convertirán en irrevindicables si se prueba fehacientemente que, en uso de su autonomía privada, el o la titular le otorgó, en su momento, carácter ganancial. (*L. A. G. D.*)

27. Derecho de visita. Derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos. El interés superior del menor como justa causa para su no otorgamiento. La mera existencia de un riesgo de perjudicar a los menores es motivo suficiente para denegar el establecimiento del régimen de comunicación con los abuelos.—Esta Sala, en reciente sentencia núm. 581/2019, de 23 de octubre, casó la dictada en segunda instancia —en cuanto reconocía a favor de la abuela un derecho de visitas— atendiendo a que el interés del menor tiene carácter prevalente, tal como se expresa en las sentencias citadas por la parte recurrente; a lo que cabe añadir que no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así —por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores— para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor (**STS de 25 de noviembre de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Un abuelo presenta demanda solicitando el establecimiento de un régimen de visitas con sus nietos. Los progenitores de los menores se oponen alegando que el solicitante de las medidas nunca ha procurado mantener una relación, cordial con su familia, siendo bastante conflictivo, que no existe ningún contacto con él y que, en caso de accederse, a su pretensión, los menores verían perturbadas sus rutinas y su estabilidad emocional. En la prueba pericial aportada a los autos la psicóloga señala como recomendación:

«Se aconseja no establecer ningún sistema de visitas entre los menores y su abuelo materno, en tanto se mantenga el conflicto entre las partes, progenitores y abuelo materno». Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial fijan un régimen de visitas muy limitado de un solo día al mes y de una hora de duración, con controles en su desarrollo. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y revoca la sentencia de la Audiencia. (C. O. M.)

DERECHO DE SUCESIONES

28. Colación. Computación de la legítima. Diferencias. Dinero. Valor actualizado.—La demanda se interpone a los únicos efectos de obtener un pronunciamiento judicial que proclame la obligación de colacionar, que corresponde al actor, como heredero forzoso en la herencia de su madre, al concurrir con sus hermanos, que también ostentan tal condición jurídica, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1035 CC. Se ha advertido en la STS 468/2019, de 17 de septiembre, con referencia al artículo 1035 CC: «La colación no opera, desde el punto de vista técnico jurídico, con el sistema de protección de la legítima, sino que es una operación o norma de reparto, característica de las operaciones particionales, cuyo fundamento radica en la consideración de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso debe entenderse, salvo disposición en contrario del causante, como anticipo de la herencia, cuando concurra con otros herederos de tal condición». En este sentido, las diferencias entre computación de la legítima y colación son evidentes. La computación ha de llevarse a cabo aun cuando exista un único legitimario, puesto que su legítima puede verse perjudicada por las donaciones efectuadas por el causante a terceras personas; mientras que la colación del artículo 1035 CC, sólo tiene lugar cuando concurren a la herencia herederos forzosos. En la computación hay que agregar al caudal hereditario todas las donaciones llevadas a efecto por el causante, ya sean a herederos forzosos como a terceros, dado que a través de unas y otras se puede lesionar la legítima; mientras que, en el caso de la colación del artículo 1035 CC, solo se tienen en cuenta las donaciones realizadas a los herederos forzosos, para reconstruir entre ellos el haber del causante, y conseguir, salvo dispensa de colación, la igualdad entre los mismos, bajo la presunción de configurarlas como anticipo de la herencia. Las normas concernientes al cómputo del *donatum* (art. 818 CC) son de carácter imperativo, no susceptibles de entrar dentro de la esfera de disposición del causante; mientras que la colación puede ser dispensada por el de *cuius*, siempre que se respeten las legítimas de sus herederos forzosos (art. 1036 CC). El artículo 818 CC no refiere una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación, sino un sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima y de la porción libre que recoge el artículo 818 CC. Por el contrario, el empleo de la colación que se infiere del artículo 1035 CC, sí que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de legítima, como en el supuesto anterior; todo ello, sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar. Igualmente insisten en dicha distin-

ción las SSTS 360/1982, de 19 de julio, 245/1989, de 17 de marzo, y 142/2001, de 15 de febrero.

La colación opera sobre lo donado y no sobre el bien adquirido con lo donado. En este caso, según consta de los hechos declarados probados por la sentencia de la Audiencia, la causante donó dinero al demandado para que éste y su esposa comprasen unas fincas, lo que se instrumentalizó por medio de escritura pública de 28 de diciembre de 1967, figurando desde entonces inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de los compradores. El artículo 1035 CC señala que el heredero forzoso que concorra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiera recibido del causante, y, en este caso, lo recibido de su madre no fueron las fincas litigiosas, sino dinero con el que se adquirieron las fincas por parte del demandado y su esposa. Estas no pertenecían al patrimonio de la causante, al tiempo de la donación del dinero, sino que eran titularidad de los terceros vendedores, que fueron quienes se lo transmitieron al recurrente, a título oneroso, por lo que no pudo ser objeto de donación colacionable lo que no pertenecía a la donante, sino a sus hijos que realizaron sobre sus fincas actos de riguroso dominio como constituir una hipoteca. El modo de practicar la colación es por adición contable, a la masa hereditaria, del valor de los bienes donados (STS de 17 de diciembre de 1992), que será el del momento de la partición, como norma el artículo 1045 CC (SSTS de 8 de julio de 1995, 14 de diciembre de 2005, 18 de octubre de 2007 y 19 de mayo de 2011). En los casos en los que la donación sea de dinero, se plantea el problema de si se habrá de colacionar el concreto importe recibido, o su valor actualizado al tiempo en que se practique la partición. Este último criterio, que es el más convincente, es el seguido por la STS 20 de junio de 2005, con el razonamiento siguiente: «El artículo 1045 CC no contempla el caso concreto de donaciones consistentes en sumas de dinero, por lo que no precisa si la colación ha de efectuarse por el valor nominal, o, por el contrario, atendiendo al valor real, es decir, la cantidad recibida pero actualizada. Resulta determinante el hecho que se presenta notorio que el donatario ha incorporado a su patrimonio una cantidad de dinero cuyo valor al tiempo de la donación no es el mismo que el que pudiera tener al fallecer el causante y sobre todo en el momento de la evaluación de sus bienes, ya que los coherederos resultarían perjudicados si se tuviera en cuenta el valor nominal y no el valor real, lo que no se acomoda a la equidad ni a la voluntad de la testadora que instituyó a sus cinco hijos como herederos por partes iguales, como tampoco a la legalidad sucesoria desde el momento que los artículos 1047 y 1048 CC contemplan los medios e instrumentos para que los herederos reciban cuotas equivalentes». Si bien algunos preceptos del Código Civil están presididos por el criterio nominalista (arts. 1170 y 1753), la respuesta casacional que procede en el supuesto presente es la de atender al valor real, ya que así resulta del cambio legislativo que se operó en el artículo 1045 CC por la reforma de 1981, que deja la determinación del valor de las donaciones recibidas para el momento en que se evalúen los bienes que integran la herencia del causante-donante, por lo que procede es la actualización monetaria del valor efectivo de las sumas donadas, o, en otras palabras, ha de atenderse en el momento de la colación al valor real, que no es otro que las cantidades que igualen el poder adquisitivo que tenían las sumas entregadas cuando se hizo la donación, pues este es el criterio general del artículo 1045 CC. Procede pues la colación, no sobre las fincas que el demandado compró con el dinero que le dio la madre, sino sobre el dinero mismo, por importe, que no podemos precisar en este trance, por lo que

será, en su caso, objeto de otro procedimiento. (STS de 5 de noviembre de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La causante, Justa, murió el 7 de octubre de 2010, bajo testamento de 27 de enero de 2003, en el que manifiesta que, tanto en vida de su esposo como después, se han ido repartiendo los bienes entre sus hijos paulatinamente, y concretamente en cuanto a las casas fueron distribuidas a todos sus hijos. La heredera, Rebeca, murió el 4 de julio de 2014, bajo testamento de 16 de mayo de 1985, en el que legó a su esposo el tercio de libre disposición y ordena que, en pago de su cuota, se le adjudique el usufructo universal de sus bienes, instituyendo herederos a sus dos hijos Jesús Miguel y Ascensión. La causante, Justa, tras disponer otros legados, instituye y nombra únicos y universales herederos de sus bienes a sus cinco hijos Pio, Eutimio, Ascensión, Enriqueta y Marcelina. La causante y sus hijos constituyeron el 1 de octubre de 1992, una comunidad de bienes para la explotación agraria de diversas fincas rústicas, de las que eran titulares y propietarios, dentro de las cuales se encontraba la denominada DIRECCION000, que posteriormente se separó de la precitada comunidad, comprometiéndose, por ello, a abonar Pio la cantidad de 18 millones de pesetas. La precitada finca DIRECCION000 fue comprada, por medio de escritura pública de 28 de diciembre de 1967, por el demandado Pio, casado con Enriqueta, con carácter ganancial, a Emilio y Manuela, por un precio declarado de 300.000 pesetas, figurando inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de los compradores. La precitada finca fue adquirida con dinero donado por la causante y entregado a su hijo.

Por la hija de la causante, Edurne, y por su nieta, Ascensión, que actúa en nombre propio y representación de la comunidad hereditaria de Rebeca, constituida con su hermano, se interpuso demanda contra Pio y su esposa Enriqueta, postulando que se declarase que parte de la finca litigiosa, es colacionable en la herencia de Justa, y que, en consecuencia, su hijo demandado, Pio, debe a la masa hereditaria 1.261.585,60 euros, valor de los bienes a la fecha del fallecimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda.

Contra la anterior resolución se interpuso por los demandados recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial.

Contra la referida resolución judicial se interpuso recurso de casación por la parte demandante, y asimismo por la demandada. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la parte demandada. (*J. M.^a M. F.*)