

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (VI): MAYO-AGOSTO 2023

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE

Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, *Civil*
Catedrático de Derecho Civil (en excedencia)

Cómo citar / Citation

García Vicente, J. R. (2023).

Cuadernos de Derecho Privado, 6, pp. 181-198

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.47>

(Recepción: 03/07/2023; aceptación: 30/07/2023; publicación: 31/08/2023)

Resumen

La crónica da cuenta de la última doctrina de la sala primera del Tribunal Supremo - también de las sentencias de pleno-, sobre diferentes materias. En particular, los daños derivados de ilícitos concurrenciales y de la imposibilidad de la nulidad parcial en caso de que concurra un vicio del consentimiento. De igual manera refiere y resume algunas de las últimas sentencias del TJUE sobre materias propias del Derecho privado.

Palabras clave

Colación de donaciones por el cónyuge legitimario; comisión apertura préstamo hipotecario; hipoteca multidivisa; ilícitos concurrenciales; nulidad por error vicio; pactos conyugales; pactos parasociales; valoración daños corporales accidentes aéreos.

Abstract

This report sets forth the last doctrine of the private law division of the Spanish Supreme Court, including plenary judgments, on different subject matters. Among these matters, stand out antitrust damages and the doctrine of the unavailability of the remedy of partial nullity for contracts with vices of consent. Likewise, the report summarises some of the recent ECJ judgments on private law matters.

Keywords

Duty of the legitim spouse to collate the donations received from the decedent; mortgage arrangement fee; multicurrency mortgage; antitrust damages; nullity for mistake; marriage contracts; parasocial agreements; calculation of physical damages caused by air-plane accidents.

1.- En el periodo a que se refiere esta *Crónica* se constata que la sala primera del Tribunal Supremo sigue atrapada -y tal vez por mucho tiempo- en un par de litigios que se reiteran en una maraña inagotable de reglas -y algunas excepciones-. Por un lado, los referidos a las cláusulas suelo y de gastos, así como las novaciones en préstamos hipotecarios (con la pendencia añadida de distintas cuestiones prejudiciales que dilatan el que

se aborden otros asuntos). Por otro, los derivados de la interpretación jurisprudencial de la Ley 57/1968, de 27 de julio, *sobre percibo de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas* -derogada en 2015- y que siguen y siguen. Bastaría decir que tal vez vengan tiempos peores.

Justo es señalar que tal vez se alivie la situación cuando se sepa cómo se aplicará (y con qué empuje) la previsión del nuevo artículo 487.1 LEC sobre el auto de remisión en la redacción dada por el RDL 5/2023, de 28 de junio, que reforma, entre otras muchísimas cosas, la casación civil, precepto que puede aplicarse ya conforme a lo previsto Disposición transitoria 10.^a, apartado 4. Reza el precepto -vigente cuando caiga este escrito en sus manos-:

“El recurso de casación se decidirá por sentencia, salvo que, habiendo ya doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas, la resolución impugnada se oponga a dicha doctrina, en cuyo caso el recurso podrá decidirse mediante auto que, casando la resolución recurrida, devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con la doctrina jurisprudencial”.

También se constata que los últimos pleitos sobre derechos fundamentales -de necesaria tramitación preferente- no contribuyen especialmente a formar o establecer una doctrina que ya manejan con solvencia las Audiencias provinciales, puesto que en un número abrumador desestiman los recursos y confirman las sentencias recurridas sin apenas añadir nada a la doctrina existente, ni de la propia sala ni del Tribunal Constitucional.

En este lapso supe, de refilón y sin esperarlo, que en un cuento de [R. Kipling](#) -a quien he leído poco, lo reconozco- titulado *The Elephant's Child* (1900) decía: *I keep six honest serving-men (They taught me all I knew); Their names are What and Why and When And How and Where and Who*. Me parece que es casi una guía para el estudio de nuestra jurisprudencia, sin que ninguna de las preguntas resulte impertinente: qué, por qué, cuándo, cómo, dónde y quién.

2.- Las sentencias de pleno desde la última *Crónica* son, salvo error, las que siguen. La sentencia [338/2023, de 1 de marzo](#) (José Luis Seoane Spiegelberg), comentada por A. Díaz Moreno [[Gómez Acebo & Pombo, Análisis, marzo 2023](#)] se refiere a la noción de “interés” en el contrato de seguro. La sentencia [356/2023, de 8 de marzo](#) (P.J. Vela Torres) aborda la contratación de un producto financiero estructurado y complejo -referenciado a variaciones de los activos subyacentes- y de dos *swaps*. Cuenta con los votos particulares de J.M^a Díaz Fraile y J.L. Seoane.

La sentencia [418/2023, de 28 de marzo](#) (R. Sarazá Jimena), se refiere a la hipoteca multidivisa y a la cláusula que permite pedir la ampliación de la garantía, en donde reitera

la doctrina sobre la suficiencia del llamado “documento de primera disposición” (fundamento de derecho 5.º, documento que procura una información suficiente sobre los riesgos) y en el fundamento de derecho 7.º desarrolla la cuestión sobre la ampliación de la garantía del siguiente modo. Entresacamos algunos pasajes especialmente valiosos:

“Decisión del tribunal: criterios para valorar el carácter abusivo de la cláusula que permite al prestamista exigir nuevas garantías en caso de que el aumento de la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar provoque una situación de infragarantía y, caso de no prestarse tales garantías, dar por vencido anticipadamente el préstamo y ejecutar la hipoteca

2.- En la escritura de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio se contienen sendas cláusulas en las que, en la primera de ellas, se estipula que "[e]l Banco se reserva el derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en Euros, todas las disposiciones al cambio del día excedieran en un DIEZ POR CIENTO del límite actual del préstamo"; y, en la segunda, tras enunciar la "posibilidad de que el contravalor en Yenes pueda ser superior al límite pactado", establece que "[s]i se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 7ª de las financieras", esto es, el banco podía dar por vencido anticipadamente el préstamo y "exigir la inmediata devolución total del capital o de la parte no amortizada con sus correspondientes intereses, demoras y gastos [...]". El motivo del recurso cuestiona que la sentencia recurrida no haya valorado que estas cláusulas son abusivas.

3.- Distintos preceptos legales y reglamentarios prevén que, en caso de que las garantías prestadas por el deudor hubiesen disminuido o desaparecido, el acreedor pueda exigir una ampliación de la garantía u otras medidas que garanticen el pago, e incluso pueda dar por vencida anticipadamente la obligación garantizada (arts. 1129.3 del Código Civil, 117 de la Ley Hipotecaria, 219.2 del Reglamento Hipotecario y art. 9 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril). También se prevé en la legislación que el acreedor pueda exigir al deudor la ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieran garantizados en la fijación inicial de la responsabilidad hipotecaria acorde al art. 114 de la Ley Hipotecaria (art. 115 de la Ley Hipotecaria).

4.- Pero la facultad que las cláusulas controvertidas otorgan al prestamista de exigir al prestatario la ampliación de la garantía y, en caso de no ampliar dicha garantía, dar por vencido anticipadamente el préstamo y ejecutar la hipoteca, no tienen por causa la disminución del valor de la garantía o la desaparición de esta ni el retraso en el pago de las cuotas de la hipoteca que provoque un incremento de los intereses adeudados que supere los límites de la responsabilidad hipotecaria fijada conforme al art. 114 de la Ley Hipotecaria, que es lo previsto en las normas citadas en el anterior párrafo. La facultad de exigir al prestatario la ampliación de la garantía que las cláusulas objeto de este motivo del recurso otorgan al prestamista, con las consecuencias expuestas, se basa en la insuficiencia sobrevenida de la hipoteca constituida en garantía del préstamo por el aumento del contravalor en euros del capital pendiente de amortizar causado por la fluctuación de la divisa. Constituye, por tanto, una variante de la materialización del riesgo de tipo de cambio, la de su incidencia sobre la suficiencia de la cobertura, que es una situación distinta de la que contemplan los supuestos de hecho de las normas citadas.

5.- Tampoco puede entenderse que se esté en el caso del art. 1129.2.º del CC, que prevé que el deudor pierda el derecho a utilizar el plazo "[c]uando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido", pues justamente se discute si ese "compromiso" de otorgar nuevas garantías deriva de una cláusula abusiva. El art. 1129.2.º del

CC legitimaría un pacto de vencimiento anticipado si, partiendo de una cláusula de compromiso de constitución o ampliación de garantía que fuera válida, se produce un incumplimiento grave de esa obligación pero no legitima per se el pacto de ampliación si este es abusivo. Si se sostuviera que esta previsión contenida en este precepto legal impide valorar la abusividad de las cláusulas cuestionadas, se incurriría en un argumento circular que eludiría precisamente el control de abusividad que, respecto de las cláusulas predispuestas, imponen la Directiva 93/13/CEE y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

6.- Lo expuesto lleva a la conclusión de que las normas de Derecho interno no prevén una facultad del profesional que ha concedido un préstamo hipotecario como la prevista en estas cláusulas.

7.- A diferencia de la equivalencia en euros de las cuotas del préstamo o del capital pendiente de amortizar cuando está fijado o referido a divisas, que fluctúa con la evolución del tipo de cambio, la cifra máxima de la responsabilidad hipotecaria no puede fluctuar sino que debe fijarse en "moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España" (art. 219.1 del Reglamento Hipotecario, en relación con el art. 12 de la Ley Hipotecaria y 577.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, que pese a que el prestatario pague regularmente las cuotas del préstamo y preserve la integridad y el valor del inmueble hipotecado, la garantía hipotecaria deje de ser suficiente para garantizar la devolución del capital y los intereses, en los límites fijados en la hipoteca, constituye un riesgo específico de este tipo de préstamos en divisas derivado de la inclusión en el contrato de estas cláusulas. Para que el consumidor las conozca y comprenda resulta insuficiente la información sobre la posibilidad de que, en caso de apreciación de la divisa elegida, aumente el importe de la equivalencia en euros de las cuotas y del capital pendiente de amortizar, información que sí ha sido suministrada en el caso objeto de este recurso, como se ha razonado al resolver el anterior motivo.

8.- La información que el consumidor debe recibir del profesional para que pueda considerarse que la cláusula no negociada está redactada de forma "clara y comprensible", tal como prevén los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, no es solo la que se deriva de los términos en que está redactada la cláusula, sino que es también, por lo general, la información suministrada con suficiente antelación a la celebración del contrato.

11.- En diversas sentencias a partir de la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, hemos declarado que es necesario que el prestamista facilite información al potencial cliente, de manera adecuada y con suficiente antelación a la suscripción del contrato, sobre el riesgo que se deriva de estas cláusulas. Se trata de un riesgo específico de este tipo de préstamos hipotecarios en divisas, inexistente en los préstamos hipotecarios más usuales, que tienen el euro como moneda de cuenta y como moneda de pago.

12.- En concreto, es exigible que el profesional informe al potencial cliente del riesgo de que la hipoteca que constituyó para garantizar el préstamo, como consecuencia del incremento de la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar, resulte una garantía insuficiente al quedar parte de la deuda por encima del límite de la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada. Y que esta insuficiencia permite al prestamista dar por vencido anticipadamente el préstamo en caso de que no se amplíe dicha garantía (entre las más recientes, sentencias 829/2021, de 30 de noviembre, 395/2022, de 11 de mayo, y 406/2022, de 23 de mayo). Un consumidor medio no puede prever, sin la información adecuada, que, pese a pagar regularmente las cuotas del préstamo y pese a que el bien hipotecado conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa y ejecutar la hipoteca.

13.- El TJUE, en su sentencia de 10 de junio de 2021, C-609/19, BNP Paribas, apartado 48, ha considerado de especial importancia, en la información que el profesional debe

facilitar al consumidor, "las precisiones relativas a los riesgos asumidos por el prestatario en caso de depreciación importante de la moneda de curso legal en el Estado miembro en el que está domiciliado". Y añade en el apartado 51 que "para cumplir la exigencia de transparencia, la información comunicada por el profesional debe poder permitir a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no solo comprender que, en función de las variaciones del tipo de cambio, la evolución de la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago puede acarrear consecuencias desfavorables para sus obligaciones financieras, sino también comprender, en el marco de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera, el riesgo real al que se expone, durante toda la vida del contrato, en el supuesto de una depreciación importante de la moneda en la que percibe sus ingresos respecto de la moneda de cuenta".

14.- Dado que, como consecuencia de las cláusulas objeto de este motivo del recurso, una depreciación importante de la moneda de curso legal en España respecto de la divisa en que se ha concedido el préstamo puede provocar el riesgo de que el consumidor pierda la vivienda hipotecada si no puede ampliar las garantías prestadas ni pagar inmediatamente el capital pendiente de amortizar y los intereses del préstamo declarado vencido anticipadamente, Bankinter debió informar claramente al potencial cliente, antes de la suscripción del préstamo, de este riesgo, pero no lo hizo. La consecuencia de esta ausencia de información sobre este riesgo es que las cláusulas cuestionadas no pueden considerarse transparentes conforme exige el art. 5.1 de la Directiva 93/13/CEE.

15.- Las cláusulas objeto de este motivo del recurso no regulan la adecuación entre precio y retribución y los servicios que han de proporcionarse como contrapartida y es dudoso que definan el objeto principal del contrato.

17.- Tampoco es determinante el hecho de que la cláusula controvertida otorgue al acreedor una facultad vinculada al mantenimiento de la integridad de la garantía (cobertura total del importe de lo adeudado en su equivalencia a euros) en un negocio jurídico complejo como es el préstamo hipotecario, en el que la causa del préstamo y de la hipoteca, aunque distintas, no pueden disociarse pues "atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que tiene el prestamista en caso de impago" (sentencia 606/1997, de 3 de julio). La facultad del acreedor prevista en esta cláusula no es imprescindible para la subsistencia de la hipoteca (en cuanto a la afección real por la que inicialmente se constituyó), sin perjuicio de que la facultad de realización del valor del bien hipotecado mediante la venta forzosa (art. 1858 del CC) quede parcialmente limitada en su función solutoria, al no afectar la totalidad de lo obtenido en la subasta al pago del crédito, en la medida en que el importe de este, calculado en la equivalencia a euros del saldo nominal de lo debido en la divisa extranjera, quede fuera de la cifra de cobertura a que se extienda la responsabilidad hipotecaria en los términos en que inicialmente fue constituida (arts. 12 de la Ley Hipotecaria y 219.1 del Reglamento Hipotecario).

19.- A la luz de esta doctrina del TJUE y de la necesaria interpretación estricta del ámbito del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, y reconociendo que la cuestión es dudosa, no parece que las cláusulas objeto de este motivo formen parte del objeto esencial del préstamo hipotecario en divisas: no afectan a la obligación del prestamista de poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero; tampoco afectan a la obligación de reembolso del principal y de los intereses en los plazos previstos, que es la obligación esencial del prestatario; no prevén una consecuencia del incumplimiento por el prestatario de alguna de sus obligaciones principales, como serían el pago del préstamo o la conservación de la garantía; y la facultad que otorgan al prestamista no es imprescindible para la subsistencia de la hipoteca.

20.- Aunque se considere que las cláusulas objeto de este motivo no definen el objeto principal del contrato, ello no obsta a que también deban ser objeto de un control de

transparencia y que su eventual falta de transparencia sea un elemento relevante para valorar, junto con el resto de criterios relevantes (en particular, el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe), su carácter abusivo.

23.- Ahora bien, hay ocasiones en que la falta de transparencia, que puede estar causada porque el profesional no suministró al consumidor la información precontractual adecuada, es especialmente relevante para valorar el carácter abusivo de la cláusula. Así sucede con aquellas cláusulas que provocan un riesgo para el consumidor de empeoramiento de su situación económica o jurídica que este no podía razonablemente prever sin una información precontractual adecuada.

24.- Este es el caso de las cláusulas objeto de este motivo del recurso, sobre cuyos riesgos no se informó, que no son inocuas para el prestatario. Son cláusulas que desplazan un riesgo, asociado al riesgo de cambio, que en principio afectaría al prestamista (que la garantía hipotecaria prestada por el prestatario al celebrar el contrato resulte insuficiente de modo sobrevenido porque la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar haya aumentado por la devaluación de dicha moneda, en la que está fijada la responsabilidad hipotecaria, frente a la divisa) y lo hacen recaer en el prestatario, que, habiendo prestado una garantía hipotecaria que era suficiente cuando se celebró el contrato y ha sido adecuadamente conservada, puede ser compelido a prestar garantías complementarias.

25.- Con ello se agrava significativamente su posición jurídica en la relación contractual, de modo sorpresivo para el consumidor que no ha sido adecuadamente informado, con consecuencias muy graves, como es la posibilidad de pérdida de la vivienda hipotecada si no presta esas garantías complementarias, el banco da por vencido anticipadamente el préstamo y, si el prestatario no restituye todo el capital pendiente de amortizar y los intereses devengados, la hipoteca es ejecutada. Ello supone un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones resultantes del contrato. Como declara la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, C-621/17, Kiss, apartado 51, "un desequilibrio importante puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre".

28.- En definitiva, en el caso litigioso, la falta de transparencia de las cláusulas objeto de este motivo del recurso es un elemento relevante para apreciar su carácter abusivo, pues contribuye a generar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes al provocar un serio riesgo para el consumidor (la pérdida de su vivienda), asociado al riesgo de cambio, que perjudica gravemente su situación jurídica en contra de las exigencias de la buena fe, pues le resulta sorpresivo porque el predisponente no le facilitó la información precontractual adecuada sobre una cláusula que creaba un riesgo que un consumidor medio no podía razonablemente prever, dadas las peculiaridades de este tipo de préstamos.

29.- Otro factor a tomar en consideración para apreciar el carácter abusivo de la cláusula es su carácter desproporcionado, que provoca un desequilibrio de los derechos y obligaciones resultantes del contrato, pues la consecuencia jurídica (posible vencimiento anticipado si no se amplía la garantía) no es proporcional a la ventaja que el banco obtiene de la cláusula, que aun sin ampliación sigue disponiendo del ius vendendi propio de la garantía hipotecaria (art. 1858 del Código Civil), de la afección del bien por el valor por el que se constituyó inicialmente la hipoteca (art. 104 de la Ley Hipotecaria), y de la posibilidad de ejercitar la acción ejecutiva en caso de impago (arts. 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

30.- Esa desproporción o desequilibrio se pone de manifiesto más claramente si observamos que la obligación de ampliación de la garantía nace en caso de que una devaluación del euro respecto de la divisa en la que se concedió el préstamo provoque que "a su

contravalor en Euros, todas las disposiciones al cambio del día excedieran en un DIEZ POR CIENTO del límite actual del préstamo". Esto significa que la obligación de prestar garantías adicionales surge con una situación de infragarantía que no resulta necesariamente de especial relevancia en términos cuantitativos ni temporales. Lo que, a su vez, genera un desequilibrio importante en la cláusula de vencimiento anticipado, pues la facultad de activarlo se vincula a un incumplimiento de una obligación que puede carecer de gravedad, tanto cuantitativa como temporalmente.

31.- Con ello no se cumpliría, en cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado para el caso de incumplimiento de la obligación de ampliación de la garantía, la exigencia de gravedad del incumplimiento desencadenante que exige la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, apartado 66, y 8 de diciembre de 2022, Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest, C-600/21, apartado 29). 32.- La consecuencia de lo expuesto es que, sin necesidad siquiera de entrar en la difícil intelección de las cláusulas cuestionadas para un consumidor medio, dados los términos en que están redactadas, las mismas han de ser consideradas abusivas y, por tanto, nulas.

33.- Ahora bien, esta abusividad no afecta a todas las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario relativas a las divisas sino solo a las cláusulas objeto de este motivo del recurso, que otorgan al banco esta facultad de exigir la ampliación de la garantía y, caso de que el consumidor no la amplíe, dar por vencido anticipadamente el préstamo y exigir la devolución total del capital pendiente de amortizar y los intereses devengados, pues a estas cláusulas viene referida la falta de información adecuada sobre los riesgos que suponen para el prestatario y que provoca la existencia del desequilibrio importante de derechos y obligaciones contrario a la buena fe".

3.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como suele, sigue con el dictado de sentencias de fallos a veces incomprensibles. No me refiero a su significado o sentido (*rectius*, a qué alcance debe darse a la norma cuya interpretación se pide) sino a la estructura gramatical de algunas de ellas, que son un paradigma de falta de transparencia. Es posible que tenga que ver con el modo en que decide construir la respuesta: en ella, siempre, incorpora la norma que interpreta. Y quizá también que sea porque se trate de un tribunal de composición cultural y lingüísticamente diverso que no disfrute de muchas posibilidades -quién sabe si ninguna- de acordar otra forma de resolver.

Tal vez pudiera servir de algo separar o deslindar la norma de la respuesta y así el lector del fallo podría advertir con más sencillez cuál es esta. Tampoco estaría de más que pusiera especial empeño en delimitar qué apartados de sus fundamentos son *ratio decidendi* respecto al fallo, para evitar una controversia sobre quién lee bien y quién mal la sentencia. Ofrecemos ahora una selección de casos.

La STJUE, [Gran Sala, 20 de marzo de 2023 \(C-100/21\)](#) resuelve parcialmente sobre qué interés es el protegido en las normas de homologación de vehículos a motor. Cabe preguntarse si el cumplimiento de tales normas compete también pedirlo al comprador individual y si su interés a que se satisfaga su finalidad afecta o concierne a su

interés contractual concreto y, por ende, indemnizable -si bien no se sabe qué perjuicio es el que singularmente se padece-. No tengo por seguro que esta cuestión delimite la decepción o expectativas del comprador. También es interesante la STJUE, [Sala sexta, 16 de marzo de 2023 \(C-6/22\)](#) referida a la anulación perjudicial del contrato con consumidores.

Sobre la comisión de apertura en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria la STJUE, [Sala cuarta, 16 de marzo de 2023 \(C-565/21\)](#) ha respondido a la cuestión prejudicial que planteara nuestro Tribunal Supremo, y lo ha hecho con un alcance relativamente polémico. La sentencia del TS [816/2023, de 29 de mayo](#) (P.J. Vela Torres) aplica la doctrina del TJUE -véase, en particular, el fundamento de derecho 8.º que comienza con una advertencia esencial “*no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada*”-. Sobre la polémica, véanse, entre otros, S. Álvarez en *Hay Derecho* en tres post sucesivos, [primera](#), [segunda](#) y [tercero](#) y los dos vaticinios de F. Pantaleón, en [almacenederecho](#)).

La pregunta que podemos hacernos, que seguimos haciéndonos, es la siguiente: ¿por qué debe pagar el deudor los costes de investigar si al acreedor le conviene como deudor? Cada cual debe costear los gastos precisos para satisfacer y proteger su propio interés (art. 1094 CC por analogía). Esta sentencia -y lo que viene y vendrá después- es otro incentivo poderoso para que se embeban gastos o costes que se consideran relevantes por los prestamistas en el precio -esto es, en el tipo de interés-.

Sobre transparencia -y su sentido en la Directiva de cláusulas abusivas 1993- y contrato de seguro la STJUE, [Sala novena, 20 de abril de 2023 \(C-263/22\)](#) formula un par de reglas bien conocidas: por un lado que “*un consumidor ha de contar siempre con la posibilidad de tener conocimiento, antes de la celebración de un contrato, de todas las cláusulas que este incluye*”; por otro lado: “*cuando una cláusula de un contrato de seguro relativa a la exclusión o a la limitación de la cobertura del riesgo asegurado, que el consumidor de que se trate no pudo conocer antes de la celebración de ese contrato, es calificada de abusiva por el juez nacional, dicho juez está obligado a dejar sin aplicación esa cláusula a fin de que no produzca efectos vinculantes para ese consumidor*”.

Sucede a menudo que la lectura de algunas sentencias del TJUE suscita perplejidad no tanto por la respuesta como por la necesidad de hacer la pregunta: así pasa con la STJUE, [Sala tercera, 8 de junio de 2023 \(C-49/22\)](#) relativa a si la compañía aérea que suspendió el vuelo por la intervención pública durante la pandemia -impedimento extraño

a la esfera de control del deudor inevitable- debe hacerse cargo de los gastos de repatriación ocasionados al viajero que padeciera la cancelación. O si cabe adoptar o no medidas cautelares -en el caso, la suspensión del pago de las cuotas del préstamo en tanto se sustanciaba el procedimiento- en la STJUE, [Sala novena, 15 de junio de 2023 \(C-287/22\)](#).

En fin, en el [auto de 17 de mayo de 2023](#) (recurso n.º 1215/2019) el Tribunal Supremo plantea una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del art. 52.2 b) de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, *relativa a los mercados de instrumentos financieros* que tiene el siguiente tenor:

“Sobre la base de que las asociaciones de consumidores tienen legitimación para representar en juicio a inversores/consumidores que reclaman por un incumplimiento de los deberes de una sociedad de servicios de inversión en la comercialización de productos financieros complejos, ¿puede restringirse excepcionalmente esa legitimación por los tribunales nacionales cuando, en el marco de una reclamación individual, se trate de inversores de alta capacidad financiera, que realizan operaciones que no pueden considerarse de uso ordinario y generalizado y que litigan bajo el amparo de la asociación de consumidores con el resultado de poder beneficiarse de una posible exención de costas procesales en un proceso judicial de muy elevada cuantía, evitando el pago de depósitos judiciales y evitando pagar las costas de la parte contraria en caso de demandas infundadas o incluso temerarias?”.

Debe recordarse que, además del perjuicio a la Hacienda pública derivado de la falta de ingreso por los depósitos exigibles para recurrir así como del daño al litigante vencedor que no puede recuperar las costas devengadas, también sufre la propia Hacienda pública -el común de los mortales- en tanto que la justicia gratuita se financia, también, con fondos públicos. Late en la pregunta el reproche al ejercicio abusivo -o al uso estratégico- de una asociación como herramienta procesal para dar satisfacción a un interés individual. El problema reside, nos parece, en cómo se conjugan las reglas que repudian el fraude procesal y los límites del principio de efectividad.

4.- Hay sentencias de interés que no comentaremos especialmente aquí, pero que contienen interesantes enseñanzas.

Así la sentencia [704/2023, de 9 de mayo](#) (R. Sarazá Jimena) sobre la aplicación del baremo de automóviles a los accidentes aéreos con un añadido sobre el resarcimiento de daños por la pérdida de un ser querido en circunstancias inusitadamente dolorosas - también la sentencia [963/2023, de 14 de junio](#), R. Sarazá Jimena-, con una nota de Á. Carrasco Perera de interés en publicaciones de [Gómez-Acebo & Pombo](#). O la sentencia 998/2023, de 20 de junio (R. Sarazá Jimena), que reitera la derogación del *dies a quo* de cómputo en caso de error como vicio del consentimiento previsto en el artículo 1301 2.º

Código civil (que dice desde la “consumación del contrato” y no desde que se pudieron conocer de modo efectivo los riesgos del negocio): el que la derogación sea razonable no hace menos *contra legem* la solución. Este es un caso llamativo: el legislador bien pudo aprovechar que reformaba el artículo 1301 CC -con la Ley 8/2021, de 2 de junio- para reconducir el *dies a quo* de cómputo a la doctrina común y no lo hizo, lo que nos lleva a dos hipótesis. La procedencia ministerial de la reforma determina que no se haga un trabajo fino (o de que considerara el ministerio de turno que escapaba a sus propósitos) o que hubo una decisión consciente de mantener el precepto con su redacción original.

O la sentencia [905/2023, de 7 de junio](#) (P.J. Vela Torres) que explica el significado del artículo 16 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de contrato de seguro*. O el alcance del “conocimiento” o “cognoscibilidad” del propio derecho para que éste prescriba: en el caso, se trataba de la prescripción alegada por la heredera de la pretensión de que se entregue el legado (sentencia [718/2023, de 12 de mayo](#), M^a de los Á. Parra Lucán).

O sobre la recalcitrante alegación del artículo 131 I del CC como si se tratara de una forma de determinación de la filiación análoga a la usucapión: es hijo mío porque lo ha parecido durante un prolongado periodo de tiempo, que se acrecienta con la convivencia con sus hermanastros como si fueran hermanos. Es el caso de la sentencia [754/2023, de 16 de mayo](#) (M^a de los Á. Parra Lucán). Sentencia que explica, a quien quiera oír, qué significa el vínculo biológico de la filiación y qué diferencias hay con otra clase de vínculos o grados de proximidad: menos que hijo, más que allegado. La perspectiva que importa, cuando no hay lazo biológico, no es la del progenitor sino la de sus hijastros.

Es interesante constatar que, para algunos conciudadanos, la filiación adoptiva parece contar con un sesgo secundario: como si se tratara de un lazo menos fuerte. Algo así como que no disfruta de la “fuerza de la sangre”.

La sentencia [774/2023, de 19 de mayo](#) (R. Sarazá Jimena) resuelve un caso de simulación absoluta y usucapión de acciones y, de nuevo sobre simulación absoluta y transmisión de acciones, la sentencia [803/2023, de 23 de mayo](#) (R. Sarazá Jimena).

También la sentencia [673/2023, de 5 de mayo](#) (J.M^a Díaz Fraile) sobre actos propios y pactos parasociales, que hace en un fundamento de derecho 7.º un exhaustivo acopio de la doctrina sobre los actos propios y se enfrenta, como suele suceder en estos casos, con la compleja y difícil distinción -tenue hasta la extenuación- entre acto propio y consentimiento tácito que modifica -o priva de efectos- una relación preexistente.

Sobre tercería de mejor derecho y créditos de la Hacienda pública, que no comprenden las “sanciones”: sentencia [780/2023, de 22 de mayo](#) (J.M^a Díaz Fraile). O sobre

la prenda de créditos futuros, en particular lo que debía percibirse por suministros farmacéuticos, -en la redacción de la Ley concursal dada por la DF 5.^a de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de régimen jurídico del sector público*-, la sentencia [965/2023, de 15 de junio](#) (J.M^a Díaz Fraile). En el caso el motivo de casación se refería, en exclusiva, a la necesidad de inscripción de la prenda sin desplazamiento posesorio y se anuda a la calificación de la prenda de créditos (que es lo que parece convinieron las partes) como “prenda sin desplazamiento posesorio” (porque en la prenda de crédito no lo hay en sentido propio aunque se ideen formas de reemplazarlo) y esa calificación no fue impugnada por la Agencia tributaria. Es indiferente a qué se refiere la prenda sin desplazamiento posesorio: en todos los casos -y con independencia del régimen concursal- esta garantía exige la “inscripción registral” (véase, el art. 3 LHMPSD).

Lo cierto es que no se adivina qué razón justifica que la prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros instrumentada en escritura pública no valga como prenda de créditos, puesto que el legislador ha consentido “ambas” modalidades y ha atribuido a ambas los mismos efectos concursales. Basta con enunciar los antecedentes del problema:

“En el caso que ahora enjuiciamos las dudas interpretativas se centran en el alcance y significado del requisito enunciado bajo la letra b). El juzgado de primera instancia, bajo el entendimiento de que en la escritura de 19 de mayo de 2016 se formalizó, además de un reconocimiento de deudas tributarias, una prenda sin desplazamiento de la posesión sobre los créditos futuros derivados de los derechos de cobro de los deudores contra el Servicio Regional de Salud de Murcia por suministros farmacéuticos, consideró que no se cumplía el requisito exigido por el art. 90.1.6° LC de la inscripción registral de la prenda y que, por tanto, el crédito tributaria debía ser clasificado a los efectos del concurso conforme al art. 91.1.4° LC (50 % como crédito con privilegio general y 50% como crédito ordinario), y no como crédito con el privilegio especial del art. 90.1.6° LC.

La Audiencia, sin negar expresamente la calificación del contrato como prenda sin desplazamiento, revocó la sentencia de primera instancia con base en tres argumentos: (i) que la interpretación literal del precepto permite entender que los requisitos formales a que alude (documento público e inscripción registral) son alternativos; (ii) que la resolución de la DGRN de 18 de marzo de 2008 interpretó la reforma del art. 54 LHMPSDP por la Ley 41/2007 en el sentido de admitir la posibilidad de constituir la prenda sobre créditos (también futuros) como prenda ordinaria o común (con desplazamiento de posesión) o como prenda sin desplazamiento de posesión; y (iii) que exigir la inscripción registral no casa con un sistema que solo exige para la prenda de crédito con carácter general "un documento con fecha fehaciente". Ninguno de estos argumentos, sin embargo, puede ser mantenido por las razones que exponemos a continuación”.

Si no ha habido ocasión efectiva para impugnar la limitación temporal relativa a la restitución de los intereses (y tal falta no se debe a la pasividad procesal del consumidor afectado) el tribunal debe reparar, para dar satisfacción al principio de efectividad, esa

omisión de oficio. Así las sentencias [787/2023, de 22 de mayo](#) y [788/2023, de 22 de mayo](#), ambas con ponencia de J.L. Seoane Spiegelberg.

En fin, hay ocasiones en que se materializa la incomodidad que nace del régimen de la comunidad de bienes -en particular cuando se singulariza en el régimen de la propiedad horizontal- en el que el modo de articular la titularidad plural de un derecho o derechos -o, sin más, una posición jurídica compleja- encuentra difícil acomodo en el ejercicio de los distintas acciones y pretensiones que pueden emanar de él, como sucede en la sentencia [775/2023, de 22 de mayo](#) (A. García Martínez).

Resulta de interés la sentencia [904/2023, de 6 de junio](#) (J.L. Seoane Spiegelberg) que se pronuncia sobre la eficacia de los pactos entre cónyuges -o quienes lo fueron-. Así su fundamento de derecho 3.º, apartado 2 señala -bajo la rúbrica “La doctrina de la sala sobre los negocios de familia, incluso los no ratificados judicialmente”-:

“Esta sala ha venido desarrollando una consolidada doctrina sobre el carácter vinculante que para los cónyuges o excónyuges tienen los denominados negocios jurídicos de familia, a través de los cuales pactan, al amparo de la libre autonomía de la voluntad y sometidos al límite del orden público, constituido por el interés superior de los hijos comunes, menores de edad, las reglas por las que se han de regir sus relaciones personales o patrimoniales o extinguen definitivamente las mismas; todo ello, bajo un criterio de progresiva potenciación de sus facultades dispositivas, que hunde sus raíces en el valor constitucional de la libertad reconocido en los arts. 1 y 10 CE, hasta el punto de hablarse del fuerte contractualismo que, hoy en día, impera en la materia.

En efecto, en las relaciones de pareja, formalizadas o no bajo la institución matrimonial, la facultad de configuración de su contenido por las partes es indiscutible, incluso con reconocimiento de los denominados pactos preventivos o de ruptura, concertados ante la eventualidad, futura e incierta, de una ulterior crisis matrimonial o de pareja, fijando anticipadamente las consecuencias que de aquella derivan. Los únicos límites son los propios impuestos a todos los contratantes en el art. 1255 del CC, de no atentar a las normas imperativas, a la moral, ni al orden público, y a los propios de la disciplina jurídica de las relaciones contractuales (art. 1261 CC), así como las exigencias de forma ad solemnitatem, que impone a determinados negocios jurídicos el ordenamiento legal (art. 1280 CC).

En este orden de cosas, ya una antigua sentencia de esta sala 325/1997, de 22 de abril, se refiere a la eficacia de las cláusulas pactadas por las partes en un convenio, que no llega a incorporarse al proceso matrimonial, y señala, al respecto, en una consideración previa general:

“Este acuerdo séptimo es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, abogados en ejercicio. No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico”.

No son muchas las sentencias que se pronuncian sobre el Derecho de sucesiones. La sentencia [807/2023, de 24 de mayo](#) (Mª de los Á. Parra Lucán) aborda un asunto de

interés: si el cónyuge -que es un legitimario en concepto de usufructuario- debe colacionar las donaciones recibidas. No se trata, como advierte la sentencia, de si cabe examinar tales donaciones a los efectos del cálculo o cómputo de la legítima (arts. 1035 ss. CC) asunto que nos conducirá a decidir si son o no inoficiosas, sino de si debe procederse a la colación en sentido estricto.

Una doctrina en la que podemos afirmar que lo que sale por la puerta entra por la ventana es la que considera que debe reputarse abusiva la pretensión de calificar como bienes (o deudas) gananciales aquellos que se adquieren (o contraen) “después” de la separación de hecho seria y prolongada pero sin que se hayan otorgado capitulaciones ni se haya procedido a la separación o disolución del vínculo matrimonial. Todo ello, claro, sin perjuicio de tercero. Salvo en lo que afecta a terceros -cuyos intereses no pueden desvincularse del modo típico de publicidad que afecta a la vigencia o mutación del régimen económico- entre los cónyuges la separación de hecho “equivale” a la extinción de la sociedad de gananciales desde que aquella tuvo lugar. Bien es verdad que siempre que tal separación sea “seria y duradera” o, sin más, “prolongada”. Así la sentencia [837/2023, de 29 de mayo](#) (M^a de los Á. Parra Lucán).

Las cuestiones procesales no son secundarias y su entendimiento cabal contribuye a conformar los litigios y a satisfacer eficazmente los intereses de los que participan en ellos -les invito a leer el interesantísimo trabajo de J. Picó i Junoy sobre el artículo 400 LEC “El artículo 400 LEC: una norma tan bienintencionada como peligrosa”, [Indret 2 \[2023\]](#), que exige una reflexión pausada, véase los casos quinto y sexto de su epígrafe 2.2 y evitemos el reproche de “autoritarismo normativo” (es una frase huera sin una buena explicación e incomoda, sin razón, a cualquiera que pretenda colocarse en otra posición interpretativa)-.

Así, sobre qué puede hacer y qué no la sentencia y qué significa la congruencia, con estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, véase la sentencia [728/2023, de 16 de mayo](#) (M^a de los Á. Parra Lucán). O cuándo debe reconvenirse y cuándo el tribunal debe resolver sobre las alegaciones defensivas hechas en la contestación de la demanda y su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva como respuesta de fondo a las cuestiones que se suscitan en el proceso: así la sentencia 1000/2023, de 20 de junio (R. Sarazá Jimena), en un caso de contrato de tarjeta *revolving*. O sobre el alcance de la prohibición -o restricción- de la reserva de liquidación de la condena a ejecución de sentencia, la sentencia [759/2023, de 17 de mayo](#) (J.L. Seoane).

5.- En este periodo se han resuelto las cuestiones principales del llamado “cártel de los camiones” -en mayo se celebraron distintas vistas en la sede del Tribunal que pueden verse en [youtube](#): así las sentencias [923/2023, de 12 de junio](#) (R. Sarazá Jimena); [924/2023, de 12 de junio](#) (I. Sancho Gargallo); [925/2023, de 12 de junio](#) (Ignacio Sancho Gargallo); [926/2023, de 12 de junio](#) (I. Sancho Gargallo); [927/2023, de 12 de junio](#) (R. Sarazá Jimena); [928/2023, de 12 de junio](#) (P.J. Vela Torres); [939/2023, de 13 de junio](#) (I. Sancho Gargallo); [940/2023, de 13 de junio](#) (P.J. Vela Torres); [941/2023, de 13 de junio](#) (R. Sarazá Jimena); [942/2023, de 13 de junio](#) (J.M^a Díaz Fraile); [946/2023, de 14 de junio](#) (P.J. Vela Torres); [947/2023, de 14 de junio](#) (J.M^a Díaz Fraile); [948/2023, de 14 de junio](#) (P.J. Vela Torres); [949/2023, de 14 de junio](#) (R. Sarazá Jimena) y [950/2023, de 14 de junio](#) (J.M^a Díaz Fraile).

El cartel de camiones resuelve un asunto -que también llena los armarios del Tribunal, de muchos tribunales de Europa- referido al ejercicio de las acciones de daños nacidas de la existencia de un ilícito concurrencial y que ha enfrentado a cinco fabricantes de camiones con los adquirentes de estos: el daño se cifra en el sobreprecio y, como cabe imaginar, la pieza esencial es la prueba del daño y las distintas conductas -y posibilidades- de las partes sobre ella.

Lo cierto es que su utilidad para la disciplina vigente de estas acciones es relativa (léanse, ahora, los artículos 71-81 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, *de defensa de la competencia*): el pleito concierne a un pasado normativo que ha cambiado mucho y que se regía sin más por el artículo 1902 CC. No obstante, las sentencias adoptan muy interesantes decisiones sobre los más variados asuntos. Como muestra dos botones.

Así, sobre la estimación del daño la sentencia [923/2023, de 12 de junio](#) (R. Sarazá Jimena), en su fundamento de derecho afirma:

“14.- La estimación del daño. Para valorar el alcance del daño producido por el cártel (el sobreprecio pagado por el comprador final del camión) y fijar la indemnización adecuada, es relevante estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia, lo que supone recrear un escenario hipotético (hipótesis contrafactual).

Esta estimación sirve para determinar cuál habría sido el precio del camión en un escenario no cartelizado, cuya comparación con el precio efectivamente pagado daría como resultado el importe del sobreprecio causado por el cártel.

15.- En la sentencia 651/2013, de 7 de noviembre, sobre el cártel del azúcar, hicimos referencia a la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál habría sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita. Esta dificultad es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar. Así sucede, por ejemplo, en el caso del lucro cesante derivado de un ilícito. Como declaramos en la

sentencia 913/2021, de 23 de diciembre, “la existencia y cuantía del lucro cesante no deja de ser una hipótesis precisada de una demostración adaptada a su naturaleza de probabilidad más o menos intensa de acuerdo con las reglas de la experiencia teniendo en cuenta lo que normalmente habría sucedido en la mayoría de los casos (*id quod plerumque accidit*)”.

En la citada sentencia 651/2013, de 7 de noviembre, al aplicar la normativa anterior a la trasposición de la Directiva, afirmamos que esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justifica una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio y que el hecho de que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente puede justificar una mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez.

Por tanto, la facultad del juez de fijar la indemnización del daño producido por la conducta infractora del Derecho de la competencia mediante una estimación ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia necesaria del principio de indemnidad del perjudicado propio del art. 1902 CC y del art. 101 TFUE, antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva y de la trasposición al Derecho interno del art. 17.1 de dicha Directiva.

16.- La preocupación por las dificultades que presenta la cuantificación del daño ocasionado por las conductas infractoras del Derecho de la competencia, que pueden ser un obstáculo significativo para el resarcimiento de tales daños y la consecuente eficacia del derecho de los perjudicados al resarcimiento de esos daños, aparece en la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 TFUE y la Guía práctica que le acompañaba, y se reflejó también en los considerandos de la Directiva (por ejemplo, apartados 45 y 46).

17.- La atribución al juez de facultades de estimación de la cuantificación del daño causado por la conducta infractora de la competencia permite superar algunas dificultades propias de la valoración del daño en este campo. El apartado 82 de la citada STJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-267/20, Volvo y DAF Trucks), al justificar la atribución al juez de estas facultades estimativas en el art. 17.1 de la Directiva, declaró que dicha norma tenía por objeto “flexibilizar el nivel de prueba exigido para determinar el importe del perjuicio sufrido y subsanar la asimetría de información existente en detrimento de la parte demandante afectada, así como las dificultades derivadas del hecho de que la cuantificación del perjuicio sufrido requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado de referencia si no se hubiera producido la infracción”.

La posterior STJUE de 16 de febrero de 2023 (asunto C-312/21, Tráficos Manuel Ferrer, ya citada), en su apartado 53, ha ceñido la aplicación de las facultades de estimación del juez en este campo a “situaciones en que, una vez acreditada la existencia de ese perjuicio respecto de la parte demandante, sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo”.

En esta última sentencia, el TJUE afirma que “en el supuesto de que la imposibilidad práctica de evaluar el perjuicio se deba a la inactividad de la parte demandante, no corresponderá al juez nacional sustituir a esta parte ni suplir su falta de acción” (apartado 57).

18.- En el presente caso, como ya se ha expresado, hay prueba suficiente de que el cártel causó daños, consistentes fundamentalmente en que los compradores de los camiones pagaron un sobreprecio derivado de la artificial elevación de los precios provocada por el cártel. Sin embargo, no hay prueba suficiente de cuál ha sido el importe del sobreprecio porque los tribunales de instancia han considerado que ese extremo no ha quedado

probado por el informe pericial presentado por el perjudicado, que estiman inidóneo para realizar esta cuantificación.

Para decidir si el ejercicio de facultades de estimación del daño realizado en la sentencia apelada ha sido correcto, hay que valorar, siguiendo los criterios fijados en la STJUE de 16 de febrero de 2023 citada, si la imposibilidad práctica de valorar el daño se debió a la inactividad del perjudicado. Y para realizar esta valoración no bastan las consideraciones generales o abstractas, sino que hay que atender a las circunstancias concretas del litigio.

19.- Es cierto que la citada STJUE de 16 de febrero de 2023 hace referencia a la facultad que el art. 5.1 de la Directiva, traspuesto al Derecho interno en los arts. 283.bis.a) y ss. LEC, otorga al demandante de solicitar la exhibición de pruebas por el demandado y por terceros, fundamentalmente de documentos. Pero tal referencia ha de entenderse en el contexto de una cuestión prejudicial en la que, como dato relevante, se exponía que se había realizado tal exhibición de pruebas (que no había conseguido aportar ningún dato relevante para la cuantificación del daño), y no como indicación de que ese fuera el único medio que tiene el demandante para demostrar que no ha sido pasivo en la prueba del importe del daño.

El juez nacional debe valorar los elementos pertinentes, dadas las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, para juzgar el esfuerzo probatorio desplegado por el perjudicado. Entre ellos se encuentra, como uno más de los posibles y no como una exigencia de carácter ineludible, haber hecho uso de las diligencias de acceso a las fuentes de la prueba. Por tanto, esa referencia que hace la citada STJUE a la solicitud de exhibición de pruebas no supone que, de no haberse formulado tal solicitud, necesariamente la falta de prueba sobre el importe del daño sea atribuible a la inactividad del demandante. Y, en cualquier caso, para este juicio sobre la suficiencia del esfuerzo probatorio hemos de situarnos en el momento en que se presentó la demanda, para no caer en un sesgo retrospectivo”.

Y sobre las presunciones judiciales, la sentencia [924/2023, de 12 de junio](#) (I. Sancho Gargallo), fundamento de derecho 3.º, apartado 3:

“En relación con la prueba de presunciones, lo que se somete a control mediante el recurso extraordinario por infracción procesal es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, teniendo en cuenta que queda reservada a la instancia la opción discrecional entre diversos resultados posibles, sin que pueda confundirse la «deducción ilógica» con la «deducción alternativa propuesta por la parte» (por todas, sentencia 208/2019, de 5 de abril, y las que en ella se citan).

Como recuerda la sentencia 366/2022, de 4 de mayo, las presunciones judiciales del art. 386 LEC no suponen una inversión de la carga de la prueba, ni entran en contradicción con las normas que atribuyen las consecuencias de la falta de prueba. Lo que comportan y determinan esas presunciones es la aplicación de la regla de la dispensa de prueba del hecho presunto por la certeza que alcanza el tribunal sobre ese hecho, a la vista del hecho admitido o probado y del enlace preciso y directo entre uno y otro, según las reglas de la sana crítica.

Sobre estas bases, cabe advertir lo siguiente: que en este caso, por razones temporales, no resulte de aplicación la presunción iuris tantum de daño que establece el art. 17.2 de la Directiva y el art. 76.3 LDC que lo traspone («se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario»), no impide la aplicación de la presunción judicial de daño si se cumplen los requisitos del art. 386 LEC. De tal manera que, sin perjuicio de lo que resolveremos al tratar el recurso de

casación, no puede considerarse que la Audiencia Provincial haya infringido dicho precepto si a partir de una serie de hechos, entre los que se encuentra el que se desprende de una interpretación de la Decisión que permite afirmar que hubo acuerdo colusorio sobre fijación de precios (hecho base), deduce racionalmente que debió haber un daño económico como contrapartida al beneficio obtenido por los cartelistas. En este caso, el acierto o desacierto de dicha conclusión excede de lo meramente procesal, al entrañar una valoración jurídica, lo que nos conduce a tratar esta cuestión de forma global en el recurso de casación”.

6.- Mención aparte merece la doctrina, reiterada, que afirma que cuando se ejerce una acción de nulidad por error vicio -en el caso respecto a la opción multidivisa del préstamo con garantía hipotecaria- no cabe pretender la nulidad “parcial” del contrato.

Así en la sentencia [7/2023, de 10 de enero](#) (P.J. Vela Torres) que casa la sentencia y sobre este particular considera que la doctrina se compendia en las sentencias [450/2016, de 1 de julio](#); [66/2017, de 2 de febrero](#); [4/2019, de 9 de enero](#); [490/2020, de 24 de septiembre](#); y [666/2020, de 11 de diciembre](#), todas ellas con ponencia de I. Sancho Gargallo. Como se afirma en la sentencia [559/2019, de 23 de octubre](#) (I. Sancho Gargallo), fundamento de derecho 2.º, apartado 2:

“Sobre la cuestión suscitada por el motivo, si cabe la nulidad por error vicio de un derivado implícito incorporado a un contrato de préstamo hipotecario, sin que afecte a la validez del resto del contrato, nos hemos pronunciado recientemente, en la sentencia [4/2019, de 9 de enero](#) (I. Sancho).

En esta sentencia, retomando la doctrina contenida en dos sentencias anteriores, citadas en el recurso ([450/2016, de 1 de julio](#) [I. Sancho]; [66/2017, de 2 de febrero](#) [Ignacio Sancho]), hacíamos la siguiente consideración:

"en cuanto el derivado implícito sea parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo, como es el caso, el incumplimiento de los deberes de información no puede justificar, como se pretende, la nulidad parcial del contrato por error vicio, sino, en su caso, la de todo el contrato. En la medida en que el interés del préstamo pactado, elemento esencial del contrato, debía fijarse de acuerdo con el derivado implícito y este formaba parte inescindible del préstamo, el error en cuanto a sus riesgos, que repercutiría sobre el "precio" del préstamo, en cuanto fuera relevante, además de excusable, podría dar lugar a la nulidad de la totalidad del contrato, pero no a la nulidad parcial, mediante la supresión del derivado implícito y la integración del contrato mediante la inclusión de un interés variable referenciado al Euribor sin diferencial".

Y concluíamos, como también debemos hacer ahora, que en estos casos en que el derivado implícito es una parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo, no cabe la nulidad parcial del contrato:

"Aunque el incumplimiento de los deberes de información respecto del derivado implícito podría tener incidencia en la apreciación del error vicio, la nulidad por este vicio del consentimiento debía en su caso afectar a la totalidad del contrato y no sólo a la cláusula que contiene un derivado implícito. (...) si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato”.

Como ya he sostenido -y no soy el único, véase F. Pertíñez: *Cuadernos de Derecho y Comercio* 68 [2017], pp. 221 y ss., en su comentario a la sentencia Pleno 608/2017, de 15 de noviembre -que también comenta S. Navas: *CCJC*, 106 [2018]; y, de nuevo, F. Pertíñez: *RCDI*, 761 [2017], pp. 1197 y ss.- la solución puede ser dogmáticamente coherente (salva el sistema, si es que este merece ser salvado) pero no es práctica.

Lo que le importa al litigante es deshacerse, pese a lo que diga el art. 1300 CC (irreprochable, de nuevo, dogmáticamente), de la lesión que padece, sea o no objeto principal del contrato. Y no del contrato: la nulidad total, con su liquidación -arts. 1303 ss. CC- “perjudica notablemente al que impugna con razón bastante (razón que se le da)”.

Así, véase, el comentario que hiciera a la sentencia [559/2019, de 23 de octubre](#) (I. Sancho Gargallo); en *CCJC*, 113 (2020); y el de A. Mora Astaburuaga: *CCJC*, 116 (2021) a la sentencia [666/2020, de 11 de diciembre](#) (I. Sancho Gargallo).