

Sentencias

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

Colaboran: **Cristina ARGELICH COMELLES** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos CASTELLS SOMOZA** (Investigador predoctoral FPI. 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), **Jose María MARTÍN FABA** (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Nicolás MONTES SERRANO** (Doctorando. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora permanente laboral de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ** (Profesora sustituta de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **María ZABALLOS ZURILLA** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid).

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Requisitos del retraso desleal en el ejercicio de derechos.–La Sala Primera consolida su jurisprudencia sobre el retraso desleal, en el sentido de que este solo concurre cuando, además de la inacción prolongada del titular del derecho, este haya contribui-

do objetivamente con su conducta a crear en la parte deudora la confianza en que la acción no se ejercitará. Este segundo requisito es independiente del primero y cumulativo a él, pues de lo contrario se estaría creando un nuevo plazo de prescripción o caducidad sin base legal. (STS 467/2023, de 11 de abril; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—En 2006, A y B suscribieron con su banco un contrato de préstamo hipotecario a tipo variable con cláusula suelo. El mismo contrato contenía una cláusula de atribución de los gastos derivados del préstamo, en perjuicio de los prestatarios. En 2009, a raíz de la bajada de los tipos de interés, A y B pidieron al banco la supresión de la cláusula suelo, sin resultado. Consecuentemente, en 2010, procedieron a la amortización anticipada del préstamo. Tiempo después, el 7 de julio de 2017, interpusieron demanda de nulidad por abusiva de la cláusula suelo, a la que se acumula otra pidiendo que se declare también la abusividad de las cláusulas relativas a los gastos del préstamo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó sus pretensiones, por considerar contrario a la seguridad jurídica el ejercicio de la acción después de haberse cancelado el préstamo. En apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de los demandantes, argumentando que debía considerarse un supuesto de retraso desleal en el ejercicio de su derecho. En última instancia, A y B interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando la incorrecta aplicación del artículo 7.1 CC. Nuestro Alto Tribunal resuelve que, en el caso enjuiciado, no hay una conculcación de la seguridad jurídica ni un retraso desleal, pues no ha habido una conducta que contribuya objetivamente a generar una confianza en la otra parte de que la acción no se ejercitaría, por lo que estima el recurso y devuelve las actuaciones para que la Audiencia Provincial se pronuncie sobre el fondo.

NOTA.—Sobre la doctrina del retraso desleal y la necesidad de que el actor, con su conducta, haya generado una confianza legítima de que no se ejercitaría la acción, *vid.* las SSTs de 4 de julio de 1997 (ECLI: ES: TS:1997:4773), 579/2013, de 26 de septiembre. Consolida la doctrina de la sentencia extractada, en un caso de contrato de préstamo hipotecario con cláusula multidivisa, la STS 1346/2023, de 3 de octubre. (C. C. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Tutela de derechos fundamentales. Derecho a la propia imagen. Distinción entre el derecho fundamental a la propia imagen y su vertiente o contenido meramente patrimonial.—El artículo 18 CE configura el derecho a la propia imagen como un derecho fundamental autónomo, con independencia de que una intromisión en la propia imagen pueda suponer al mismo tiempo intromisión en el honor o intimidad de la persona. La autonomía conceptual del derecho a la propia imagen como derecho fundamental no debe hacer perder de vista que, junto al aspecto protegido constitucionalmente (regulación por ley orgánica, respeto a su contenido esencial, recurso de amparo, tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad), convive un derecho de contenido patrimonial que permite negociar con la propia imagen y comercializarla (STS 133/2021, de 9 de marzo).

La STC 81/2001, de 26 marzo, dice que el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial no consentida de la imagen de una persona (e incluso en determinadas circunstancias la consentida) puede afectar a tal derecho fundamental.

Hay intromisión ilegítima en la propia imagen cuando su utilización con fines comerciales se ha realizado sin consentimiento de la persona afectada.—La utilización de la imagen con fines publicitarios y comerciales está sometida a las exigencias de la LO 1/1982, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, de modo que es preciso el consentimiento de la persona, que puede ser revocado indemnizando los daños causados (arts. 2, 3 y 7.6). Por ello, cuando la explotación comercial se haya producido sin consentimiento de la persona, bien porque no se haya prestado, bien porque se haya revocado, puede apreciarse intromisión ilegítima, pues la decisión sobre la explotación de la imagen corresponde a su titular (SSTS 11/2004, de 22 de enero; 266/2016 de 21 abril; y 133/2021, de 9 de marzo; entre muchas otras).

No procede la tutela por intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen cuando la comercialización de esta ha sido consentida y lo que se discute es el contenido de la retribución pactada.—Cuando media consentimiento para la cesión de la imagen y lo que se discute es lo que correspondería cobrar de más al cedente en atención a un uso que considera que excede de lo

acordado, la cuestión no está relacionada con la vulneración de un derecho de la personalidad, sino con la contraprestación que tiene derecho a recibir o a la indemnización por incumplimiento de contrato, aspecto puramente económico de la explotación de los derechos de imagen cedidos que es ajeno a la tutela de los derechos fundamentales (STS 133/2021, de 9 de marzo).

El consentimiento expreso para la reproducción de la imagen: Extensión.—El consentimiento expreso para que se reproduzca la imagen con determinada finalidad y ámbito no implica una genérica e indiscriminada autorización para que su imagen pueda ser reproducida por un tercero en cualquier medio y contexto (entre las más recientes, SSTS 788/2022, de 17 de noviembre, y 652/2022, de 11 de octubre). (STS 219/2023, de 13 de febrero; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Las actoras son modelos profesionales que colaboraron en un evento organizado por el blog de novias *Una boda única*. En el citado evento desfilaron vistiendo trajes de novia, sin que se pactara con ninguna empresa asistente que se pudiera utilizar su imagen para patrocinarlas a ellas o a sus productos. Sin embargo, posteriormente una de las empresas asistentes utilizó, sin su consentimiento, las imágenes del desfile de trajes de novia para publicitar su producto en diversos *stands* y ferias.

La demanda planteaba la tutela por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la LO 1/1982. El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda, dado que el derecho afectado no es el derecho constitucional a la propia imagen, sino sobre el aspecto patrimonial o comercial de la imagen indebidamente utilizada. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. (C. O. M.)

3. Protección de los derechos fundamentales. Intromisión ilegítima en el derecho a la imagen e intimidad de una menor. Especial protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores.—En relación con la ponderación entre la libertad de información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en los casos en que los intereses de los menores están afectados, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección al interés del menor, ya que los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la LO 1/1982 sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la

propia imagen (art. 3), se refuerzan en la LO 1/1996 de protección jurídica del menor (art. 4).

El régimen de la prestación del consentimiento en los supuestos de protección al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores de edad.—La LO 1/1982 tras establecer que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto (art. 2), precisa en su artículo 3, en cuanto a los menores de edad, que su consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten y, de no ser así, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, habiendo de resolver el Juez si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere.

Cuando se trata de la difusión de la imagen de menores en medios de comunicación, el consentimiento no legitima la intromisión si se aprecia el riesgo de daño al interés del menor.—Las previsiones del artículo 3 de la LO 1/1982 se complementan, en cuanto a los menores, por lo dispuesto en su art. 4, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales (art. 4.3).

La divulgación de imágenes de la vida cotidiana durante la época del confinamiento con el consentimiento de la madre constituye un uso social admisible y válido de acuerdo con el artículo 156 CC.—Atendiendo al contexto y circunstancias en las que se realizó la divulgación de imágenes (en el periodo del confinamiento, en donde estas prácticas -grabaciones de momentos de la vida cotidiana- se extendieron y generalizaron notablemente como uso social), puede entenderse que el uso social y las circunstancias amparaban la validez del consentimiento prestado por la madre (art. 156 CC) y que, ante la falta de oposición dirigida por el padre al medio, este pudiera presumir de buena fe que la actuación de la madre no se hacía contra la voluntad del padre (art. 156 CC).

La publicación y el contenido del reportaje no puede entenderse que sea contrario al interés de la menor ni que afecte a su intimidad, pues no revela ningún dato reservado o íntimo.—No puede decirse que la divulgación de imágenes de la vida cotidiana en las que aparece la madre con sus dos hijas

pequeñas, una de ellas hija también del demandante, exceda de lo que, en atención a las circunstancias, podría considerarse como usual para muchas familias con hijos pequeños durante la época de confinamiento. En la medida en que las imágenes transmiten de manera cariñosa aspectos del día a día vivido durante la época a que se refieren, no pueden considerarse que lesionen los intereses de la hija del demandante. Por otra parte, las imágenes y los comentarios que las acompañan tampoco revelan aspectos específicos de la intimidad de la niña, sino la forma en la que la madre pasaba con sus hijas los días de aislamiento, con juegos, rutinas, o *las palmas* a los sanitarios a las ocho de la tarde, lo que resulta bastante inocuo.

Divulgación de fotos publicadas previamente en redes sociales abiertas y accesibles. No existe intromisión ilegítima cuando la difusión sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet.—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, pues no constituye el *consentimiento expreso* que exige la LO 1/1982 (SSTS 91/2017, de 15 de febrero; y 476/2018, de 20 de julio).

Pero también ha de afirmarse que la prestación de consentimiento para la publicación de la propia imagen en Internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet.

El uso social como criterio delimitador de las intromisiones ilegítimas. Las comunicaciones típicas de la red sobre imágenes que se hallan disponibles al público en Internet no constituyen intromisión ilegítima.—La publicación de una fotografía del perfil de Facebook de quien no ostenta la consideración de personaje público, en las ediciones en papel y digital de un periódico, no tiene la naturaleza de *consecuencia natural* del carácter accesible de la fotografía en Internet, pues la finalidad de una cuenta abierta en una red social 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, no puede decirse lo mismo respecto de la utilización privada en cuentas de Twitter (o de otras redes sociales) de particulares de las imágenes que se hallan disponibles al público en Internet.

En estos casos, 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 excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen, conforme al artículo 2.1 LO 1/1982. **(STS 249/2023, de 14 de febrero; no ha lugar.)** [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El litigio versa sobre la protección de los derechos fundamentales por intromisión en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de una menor de tres años. La particularidad del caso es que la publicación de la imagen de la menor fue autorizada solo por la madre.

La demanda la interpone el padre contra la gestora de una página web que publicó, sin su consentimiento, dos reportajes en el que aparecen imágenes de la niña sin *pixelar*. El primer reportaje, contenía una entrevista realizada a la madre con sus hijas durante la época del confinamiento e incluía imágenes de la niña proporcionadas por la madre. El segundo, daba cuenta de la noticia de la pérdida de la guarda y custodia por parte de la madre en su red social en la que aparecían fotografías de la niña.

El juzgado estimó la demanda por intromisión ilegítima. La audiencia revoca la sentencia de primera instancia y absolvió a la demandada. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (*C. O. M.*)

4. Intromisión ilegítima en el derecho al honor.—Según la doctrina jurisprudencial reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la diligencia debida del informador en la actividad de contrastar una noticia debe ajustarse a las circunstancias del caso, entendiendo que falta esta cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras inven-

ciones. (STS 485/2023, de 17 de abril; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—El presente caso tiene por objeto el enjuiciamiento de la intromisión ilegítima en el derecho al honor de una publicación en la que se da a entender, sin veracidad, que la subasta de los derechos del fútbol está amañada a favor de uno de los interesados. Esta afirmación se basa en una indemostrada relación de amistad, que constituye una infamia, a la vez que una grave descalificación ética y profesional que lesiona de forma directa la honorabilidad de los recurridos y socava de forma intensa su prestigio y reputación empresarial, tratándose de una apreciación del Tribunal Supremo. (C. A. C.)

5. Propiedad horizontal y derechos de igualdad, libertad ideológica, libertad personal e intimidad.—La Sala Primera del Tribunal Supremo estima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal respecto de la lesión a los derechos fundamentales a la igualdad, libertad ideológica, libertad personal e intimidad. En este sentido, considera que las normas, instrucciones o actuaciones de la comunidad de propietarios demandada, impidiendo o perturbando a los demandantes el acceso a los elementos comunes por el hecho de no practicar el nudismo, atenta contra los derechos fundamentales referidos. Asimismo, se declaran nulas las normas interiores, instrucciones o directrices en el seno de la comunidad de propietarios que impidan o perturben el acceso a los espacios comunes. (STS 217/2023, de 13 de febrero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Dos propietarios de apartamentos de uso vacacional demandan a la correspondiente comunidad de propietarios por la prohibición del acceso a los elementos comunes. Una de las comunidades de propietarios agrupa a un conjunto minoritario de vecinos, que pretende imponer la práctica del nudismo a la otra comunidad de propietarios dentro de la misma urbanización. En este caso, no se ha procedido a la inscripción registral de la división horizontal, dando lugar a un conflicto acerca de la legítima constitución de la comunidad de propietarios, pues coexisten dos comunidades diferentes sobre el mismo conjunto residencial. (C. A. C.)

6. Libertad de expresión, libertad de información e intromisiones ilegítimas al derecho al honor.—De conformidad con la Sala Primera del Tribunal Supremo, y en atención a que se trata de una información de interés general y que está debidamente contrastada, no se produce una intromisión ilegítima al derecho al honor de unos herederos por la retransmisión de un reportaje televisivo donde les identifica y en el que se producen calificativos acerca de la adquisición del patrimonio por sus abuelos. Igualmente, tampoco aprecia una intromisión ilegítima por la revelación de datos que se encuentran en Registros públicos, y en atención a la relevancia pública de los demandantes. (**STS 250/2023, de 14 de febrero**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Unos herederos reclaman a una cadena de televisión, los directores del programa de televisión y los reporteros por intromisión ilegítima al derecho al honor, en atención a la emisión de un reportaje de investigación, solicitando el pago de 50.000 euros en concepto de indemnización por dicha intromisión, así como la difusión del fallo en la misma franja horaria en la que se emitió el reportaje. La crítica dura, hiriente y desabrida sobre la forma de obtención de dicho patrimonio conforma un juicio subjetivo de valoración amparado en los límites de la libertad de expresión e información, pues no contiene insultos, descalificaciones o vejaciones directas a los herederos, tratándose de una apreciación del Tribunal Supremo. (*C. A. C.*)

7. Derecho de rectificación y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.—De conformidad con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la sentencia recurrida se ajusta a la jurisprudencia reiterada acerca de la adecuación del escrito de rectificación respecto de unas informaciones publicadas por un medio de comunicación. El escrito de rectificación contiene una descripción de hechos suficiente para contrarrestar los contenidos de la información original, así como los elementos informativos basados en hechos objetivos susceptibles de contraste, excluyendo las opiniones y juicios de valor. (**STS 479/2023, de 11 de abril**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El presente asunto versa sobre la publicación por un medio de comunicación de una información acerca del denominado negocio de la manipulación digital

en España. En la misma, se afirma que la desinformación es rentable debido al modelo publicitario vinculado a los medios de comunicación digitales. Asimismo, señala directamente a un medio de comunicación digital a los efectos de estas prácticas, lo califica como partidista o sesgado, así como que se lucra gracias a la red de publicidad del mayor motor de búsqueda a nivel global. El medio de comunicación agraviado envió un escrito de rectificación que el medio de comunicación que publicó esta información no difundió. (C. A. C.)

8. Límite a la restitución debida por persona con discapacidad.—El Tribunal Supremo argumenta que, aunque el artículo 1303 CC establece la restitución recíproca de las prestaciones como un efecto de la declaración de nulidad de un contrato, este mismo precepto también enuncia una serie de salvedades a esta restitución. La primera de ellas se encuentra en el artículo 1304 CC que, en su redacción anterior a la reforma, recogía que los incapaces no estaban obligados a restituir sino en cuanto se hubieran enriquecido con la cosa o precio recibido.

El Tribunal Supremo añade que, de acuerdo con la redacción anterior del artículo 1314 CC, la persona con discapacidad puede ejercitar la acción de nulidad y obtener la restitución de lo que entregó aun cuando lo que recibió se hubiera perdido, desaparecido o reducido su valor, siempre que no concurra dolo o culpa del reclamante después de haber recuperado la capacidad.

Sostiene que negar la restitución del precio pagado por el incapaz, basándose en la disminución del valor de la prestación que recibió, es contrario al régimen de restitución de los contratos celebrados por razón de discapacidad. (**STS 387/2023, de 21 de abril**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En abril de, los integrantes de una comunidad de bienes vendieron a Jacobo y a Raúl las participaciones de la comunidad que explotaba como arrendataria el «Bar Madriz». Aunque en el contrato se fijó un precio de 990 euros, el precio real de la compraventa fue de 40.000 euros, que fueron abonados únicamente por Jacobo sin factura ni recibo y sin que se le proporcionara ningún tipo de documentación relativa a las licencias, relación de proveedores, seguros, etc. del negocio. Jacobo había sido declarado incapaz para administrar sus bienes por sentencia de julio de 2004, que nombró curadora a su madre, Teresa. Posterior-

mente, tras la declaración de incapacidad de Teresa, la curatela fue asumida por su esposa, María Ángeles, quien tomó posesión de su cargo en octubre de 2016.

En noviembre de ese mismo año, Jacobo interpuso demanda contra los miembros de la comunidad de bienes y contra Raúl, solicitando que se declarase la nulidad de la compraventa celebrada por falta de consentimiento y, subsidiariamente, por la concurrencia de una causa falsa, interesando la restitución recíproca de las cosas que fueron objeto del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró la nulidad del contrato y condenó solidariamente a los demandados a devolver al demandante la cantidad de 40.000 euros.

La sentencia en primera instancia fue recurrida por los integrantes de la comunidad de bienes y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso. La Audiencia argumentó que, en el estado en el que se encontraba el bar tras la gestión de Jacobo, no era posible llevar a cabo la restitución. Contra esta resolución, Jacobo interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación argumentando la infracción de los artículos 1303 y 1304 CC, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al alcance de la obligación de restituir cuando una de las partes sea considerada incapaz. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación.

NOTA.—La respuesta del Tribunal Supremo a esta controversia se ajustó a la normativa vigente en el momento de la celebración del contrato anulado, previa a la reforma efectuada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (M. S. G.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad por error de los contratos de permuta financiera (*swaps*): consumación del contrato (art. 1301 CC).—El cómputo del plazo de ejercicio de la acción de nulidad por error se inicia con la consumación de la relación contractual, sin perjuicio de que en la contratación de algunos productos financieros sea posible que al tiempo de la total ejecución del negocio todavía no haya aflorado el riesgo

congénito a él, cuyo desconocimiento puede viciar el consentimiento. En el caso de contratos de *swaps*, la consumación debe entenderse producida en el momento del agotamiento del contrato, de su extinción (STS 716/2022, de 27 octubre y las que cita). (STS 208/2023, de 11 de febrero; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Ante la reclamación de cantidad por liquidaciones negativas derivadas de un contrato de *swap*, cuyo vencimiento se había producido en octubre de 2011, el cliente interpuso demanda reconvencional de nulidad del contrato en febrero de 2016. Tanto en primera instancia como en apelación sería desestimada la reconvención por caducidad de la acción. El cliente alegó en casación que el inicio del plazo de caducidad en los contratos de *swap* se computa desde el cumplimiento total de las prestaciones de ambas partes, lo que señaló que no había tenido lugar al no haber abonado ciertas liquidaciones negativas que se le reclamaban. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación.

NOTA.—El cómputo señalado, en el caso de contratos de *swaps* se produce en el momento la extinción de estos, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas de tales contratos. Ello obedece a que en ellos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables en función de la evolución de los tipos de interés (STS, de Pleno, 89/2018, de 19 febrero, reiterada, entre otras, por SSTS 369/2019, de 27 junio, 346/2019, de 21 junio, y 695/2018, de 11 diciembre). De acuerdo con lo anterior, giradas todas las liquidaciones derivadas del contrato, la falta de pago de algunas liquidaciones negativas no justifica la posposición del inicio del plazo, pues ya se había extinguido el contrato y se conocía su carga económica. (F. S. N.)

10. Cláusula suelo. Control de transparencia. Subrogación en el préstamo al promotor.—El hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el presta-

mo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. En cuanto a la posibilidad de conocimiento de la cláusula por la subrogación, la sucesión contractual no relevaba a la entidad financiera de su deber de transparencia, tampoco en el caso en el que, por ser el demandante cooperativista, el préstamo al promotor en el que se subrogó hubiera sido concedido a la cooperativa que, tras la construcción y adjudicación, transmitió el inmueble a la actora. El derecho a obtener información a través de la cooperativa no exime a la entidad del cumplimiento de sus deberes de información. La actora firmó una escritura de adjudicación y subrogación en el préstamo al promotor en el que había sido parte la cooperativa y la entidad bancaria, que hubo de dar su consentimiento para la asunción de deuda por la adquirente que aceptaba subrogarse en la responsabilidad personal del préstamo, por lo que estaba obligada a proporcionar, como predisponente, toda la información clara y precisa sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, y cuya ausencia es determinante de la falta de transparencia. **(STS 437/2023, de 29 de marzo; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La actora firmó una «escritura de adjudicación con subrogación» hipotecaria por la que adquirió un local comercial y se subrogó en la hipoteca constituida en favor de Banca Cívica. En la «escritura de préstamo promotor de viviendas», en la cláusula tercera bis, relativa al tipo de interés variable, se incluía una cláusula suelo. La actora ejercita una acción de nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, y solicita que se le restituyan las cantidades cobradas en exceso en aplicación de dicha cláusula.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda.

La entidad demandada recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó la demanda.

Los demandantes han interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.ª M. F.*)

11. Cláusulas abusivas. Cláusula que permite exigir nuevas garantías en una situación de «infragarantía» y dar por vencido anticipadamente el préstamo.—La cláusula enjuiciada 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. En el presente caso, al no informar el prestamista sobre los riesgos que implica la cláusula, esta debe considerarse no transparente. La falta de transparencia de la cláusula 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. Otro factor a tomar en consideración para apreciar el carácter abusivo de la cláusula es su carácter desproporcionado, 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 CC), de la afección del bien por el valor por el que se constituyó inicialmente la hipoteca (art. 104 LH), y de la posibilidad de ejercitar la acción ejecutiva en caso de impago (arts. 681 y siguientes LEC). Esa desproporción 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. En consecuencia, la cláusula ha de ser considerada abusiva y, por tanto, nula. (STS 418/2023, de 28 de marzo; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Fidel interpuso una demanda contra Bankinter en la que solicitó la nulidad de la cláusula relativa a divisas del préstamo hipotecario que había concertado con dicha entidad, por ser una condición general de la contratación que no reúne el requisito de transparencia.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda.

El banco demandado interpuso un recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso.

El demandante ha interpuesto un recurso un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el cual ha sido estimado en parte por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

12. Las consecuencias de la nulidad de las cláusulas de gastos.—El Tribunal Supremo ha establecido los criterios que deben regir la distribución de gastos e impuestos derivados de la celebración de los préstamos hipotecarios con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, una vez que la cláusula contractual que atribuía su pago en exclusiva al consumidor es declarada abusiva. Por lo que se refiere al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, el sujeto pasivo del impuesto respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo es el prestatario. Respecto de los gastos de notaría, deben abonarse por mitad. Criterio que vale tanto para la escritura de otorgamiento como para la de modificación del préstamo hipotecario. Respecto de los gastos de gestoría, su pago debe atribuirse íntegramente a la entidad prestamista. Finalmente, estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos, aunque no se hayan estimado las pretensiones restitutorias, proceda la imposición de las costas de la primera instancia al banco demandado. (**STS 577/2023, de 20 de abril; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Mercedes y Nicolas suscribieron una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que incluía una cláusula que atribuía a los prestatarios el pago de todos los gastos derivados de la operación. Los prestatarios interpusieron una demanda contra la entidad prestamista en la que solicitaban la nulidad de la cláusula de gastos, con la devolución de todas las cantidades abonadas por su aplicación.

La sentencia dictada en Primera Instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de la cláusula en cuestión y condenó al banco restituir a los prestatarios las cantidades pagadas por notaría, gestoría y registro, sin imposición de costas.

Recurrida en apelación la sentencia de Primera Instancia por la demandada, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, reduciendo a la mitad la cantidad a

pagar en concepto de notaría y gestoría, e imponiendo las costas devengadas en la segunda instancia.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial los demandantes interponen un recurso de casación, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

13. Arrendamiento financiero o *leasing*: incorporación al contrato de un derivado implícito consistente en la sustitución del interés pactado por un denominado interés variable de mercado. Daño por incumplimiento de la obligación de asesoramiento financiero.—El incumplimiento de las obligaciones surgidas de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros, puede hacer surgir un daño indemnizable al amparo del artículo 1101 CC, en atención al perfil e intereses del cliente (SSTS 677/2016, de 16 noviembre, 62/2019, de 31 enero, 249/2019, de 6 mayo, y 608/2020, de 12 noviembre). En todo caso, es presupuesto de la responsabilidad civil la existencia de un daño, incluso cuando no se informa sobre productos financieros complejos y de riesgo (STS 652/2021, de 26 julio). La falta de información sobre el coste de cancelación del derivado financiero conlleva un daño consistente en la diferencia entre lo abonado por la existencia de tal derivado y lo que se hubiera satisfecho de no haberse incluido en los contratos.

Nexo causal entre la falta de información sobre el coste de cancelación del derivado implícito y los daños.—Existe una relación de causalidad entre la referida ausencia de información y la diferencia entre lo que se abonó por la inclusión de un derivado implícito y lo que se hubiera abonado de no incorporarse al contrato.

Incumplimiento de la obligación de información sobre el coste de cancelación del derivado implícito: apreciación.—La referencia al valor de mercado para la liquidación del coste de cancelación realizada por el artículo 9 de la Ley 41/2007, alcanza expresamente a créditos o préstamos hipotecarios, no a contratos de arrendamiento financiero. Los derivados incluidos en estos últimos contratos tienen la consideración de productos financieros complejos, sometidos a especiales deberes de información previstos en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Entre dichos deberes especiales de información se encuentra el relativo al coste de cancelación, y a tal efecto resulta insuficiente la referencia genérica al valor de mercado (STS 265/2018, de 9 mayo, y las que cita).

Plazo de prescripción aplicable a la acción indemnizatoria del artículo 1101 CC por incumplimiento de los deberes de asesora-

miento en los servicios de inversión.—No es el plazo de prescripción de cinco años del artículo 1966.3 CC, relacionado con la obligación de pago de intereses, sino el previsto en el artículo 1964 CC.

Devengo de intereses de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de los deberes de asesoramiento en los servicios de inversión.—Al no tratarse de una acción de nulidad por error en el consentimiento, sino de una acción indemnizatoria, no procede una solución equivalente a la recíproca restitución de las prestaciones y devengarse los intereses desde la fecha de los pagos, sino desde la interposición de la demanda (SSTS 655/2018, de 20 noviembre, 165/2018, de 22 marzo, y 754/2014, de 30 diciembre). (STS 266/2023, de 16 de febrero; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Una sociedad celebró con una entidad bancaria dos contratos de arrendamiento financiero (*leasing*) en los que se incorporó un derivado implícito, consistente en la sustitución del interés pactado por un denominado interés variable de mercado. La sociedad reclamó con carácter principal la condena de la entidad bancaria a indemnizarle en la cuantía resultante de la diferencia entre las cantidades percibidas y que se perciban hasta la sentencia por el derivado financiero, con los intereses legales de cada una de las liquidaciones, y las que hubiera abonado de no haberse incorporado el derivado al contrato. Se estimó la demanda en primera instancia y se confirmó la sentencia en apelación. El Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de casación a los únicos efectos de imponer el pago de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

NOTA.—La sentencia muestra la alternativa indemnizatoria *ex* artículo 1101 CC frente a defectos de información financiera, que resulta sumamente útil a la vista de la jurisprudencia que impide declarar la nulidad parcial por vicios del consentimiento de las cláusulas relativas al derivado implícito cuando es parte inescindible del contrato por determinar el tipo de interés. En estos casos solo cabe una nulidad total del contrato con el consiguiente efecto restitutorio (art. 1303 CC), perjudicial para el cliente al principio de la consumación contractual (véase SSTS 450/2016, de 1 julio, 66/2017, de 2 febrero, 4/2019, de 9 enero, y 789/2021, de 16 noviembre) En cambio, no será parte inescindible cuando solo afecte a la cancelación anticipada y, por tanto,

cabrá la nulidad parcial de la cláusula que lo establezca, como señala la última sentencia citada. (F. S. N.)

14. Contrato de permuta financiera (swap).— Responsabilidad de la entidad bancaria ex artículo 1101 CC por defectuoso asesoramiento: falta de verdadera renuncia al ejercicio de acciones.—La valoración de los documentos que incorporan una renuncia de acciones no debe realizarse de modo aislado y centrado en su tenor literal, sino de forma sistemática con la relación obligatoria de la que trae causa. La renuncia ha de ser, además de personal, clara e inequívoca, sin condición alguna, con expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y manifestación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos (SSTS 57/2016, de 12 febrero, 358/2017, de 6 junio, 609/2017, de 15 noviembre, y 132/2021, de 9 marzo). No constituye una renuncia en sentido propio la firma de documentos predispuestos por una entidad bancaria que se lleva a cabo por la confianza en la predisponente y la urgencia en poner fin a unas liquidaciones negativas cuantiosas. La renuncia ha de ser clara, contundente e inequívoca respecto de la subsanación del error invalidante en el que incurrió el cliente en el momento de la suscripción de productos financieros, por defectuoso asesoramiento de la entidad bancaria. Al renunciar debe comprenderse con exactitud y concreción el alcance de la contratación realizada (STS 358/2017, de 6 junio). (STS 278/2023, de 20 de febrero; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Una mercantil celebró un contrato de permuta financiera de tipos de interés, cancelado al año siguiente mediante un documento en el que se hizo contar que «las partes no tendrán más derechos ni obligaciones...en relación con la operación». En la misma fecha las partes suscribieron un contrato de confirmación de permuta financiera, que sería también cancelado anticipadamente, en este caso a los dos años, declarando el cliente ante el banco que «Solventada la reclamación, les comunico mi desistimiento de la misma y mi renuncia a ejercitar cualquier tipo de acción judicial y/o extrajudicial sobre la cuestión, no teniendo en consecuencia nada más que pedir ni reclamar». Las liquidaciones negativas y los costes de cancelación ascendieron a unos 165.000 €. En los documentos de renuncia no se mencionaba la complejidad de los productos contratados ni la determinación de los riesgos asociados a ellos. El cliente

interpuso demanda de nulidad de los contratos por concurrencia de error o dolo, y subsidiariamente interesó que se declarase la responsabilidad del banco por incumplimiento de su deber de asesoramiento a la hora de suscribir los contratos, y se le condenase a la cantidad referida. En primera instancia se desestimó la demanda por caducidad la acción de nulidad e inviabilidad de la acción indemnizatoria por motivo de la renuncia. La Audiencia revocó este pronunciamiento, y condenó al banco a abonar la indemnización solicitada. La entidad bancaria interpuso recurso de casación por infracción de los artículos 1809 y 1819 CC, en relación con el principio de libertad contractual y la validez y eficacia de los acuerdos transaccionales y la jurisprudencia de la Sala, así como por infracción del artículo 1816 CC, en relación con otras sentencias. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (F. S. N.)

15. Concurso de acreedores. Improcedencia de la prohibición de compensación: consideraciones.—La improcedencia de aplicar la prohibición de compensación del artículo 58 Ley Concursal (LC) se muestra evidente por dos razones: la primera, que la prohibición de compensación del artículo 58 LC opera únicamente respecto de créditos concursales, anteriores a la declaración de concurso, y no cuando el crédito reclamado es posterior al concurso y las cantidades que se solicitan sean descontadas afloraron también después del concurso; y la segunda, cuando no estemos propiamente ante una compensación de créditos a la que se refiere el artículo 58 LC, sino ante la liquidación de créditos y deudas derivadas de una misma relación contractual, que no se ve afectada por la prohibición de compensación.

Prohibición de compensación: justificación.—La jurisprudencia ha afirmado que esta prohibición de compensación del artículo 58 LC debía afectar únicamente a créditos concursales, y no a los créditos contra la masa. Esto es porque, en principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos anteriores frente al deudor común formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la *par condicio creditorum*, que impiden, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Esa es la razón por la que el artículo 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los

requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso.

Crédito contra la masa: efectos.—Si el crédito no es concursal, sino contra la masa, no se integra en la masa pasiva del concurso, no está sujeto a las reglas de la *par condicio creditorum*, y puede ser pagado al margen de la solución concursal alcanzada, sea la de convenio o la de liquidación.

Liquidación de contrato, no compensación.—No resulta de aplicación la prohibición de compensación del artículo 58 LC, cuando se trate de una liquidación de créditos y deudas surgidas de una misma relación contractual, pues no se trata de una compensación propiamente dicha, esto es, un subrogado del pago en el que una deuda se extingue hasta donde concurre con otra distinta, cuando cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro, y se cumplan los demás requisitos previstos en el artículo 1196 CC. Estaríamos ante un supuesto de liquidación de una única relación contractual de la que han surgido obligaciones para una y otra parte. En estos supuestos, incluso en el caso de que se tratara de la relación contractual de la que surjan créditos de carácter concursal, nos hallamos ante un mecanismo de liquidación del contrato y no ante compensaciones a las que sea aplicable el artículo 58 LC. Esta doctrina es de aplicación, aunque la relación contractual no se haya resuelto, máxime cuando se trata de un contrato de tracto sucesivo, y los créditos y obligaciones surgidas para una y otra parte contractual que se pretende «compensar» se correspondan al mismo periodo de tiempo.

Contrato de tracto sucesivo.—En el contrato de tracto sucesivo, las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato. (STS 384/2023, de 21 de marzo; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la administración concursal de la entidad A. F., S. L. interpuso demanda contra la también mercantil F. C., S. L. U., solicitando se declarase que había interrumpido el contrato de operación y mantenimiento celebrado con la entidad actora al no haberse abonado algunos pagos trimestrales, y, por lo tanto se declare que la entidad demandada, F. C., S. L. U., adeuda a la actora cierta cantidad de dinero más los intereses legales devengados desde la presentación al cobro de las

respectivas facturas, o subsidiariamente desde la interposición de la demanda. La entidad demandada, F. C., S. L. U., formuló allanamiento parcial, respecto de la cantidad demandada, oponiéndose al resto de las peticiones de la demanda, pretendiendo, en cambio, se reconozcan diversos importes que han de restarse de la cantidad reclamada, así como la excepción de contrato no cumplido. El Juzgado de Primera Instancia núm. 57 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda al considerar que la entidad demandada, F. C., S. L. U., había incumplido el contrato de operación y mantenimiento celebrado con la actora al no abonarse ciertas facturas trimestrales emitidas y, en base a dicho incumplimiento, F. C., S. L. U., debía una cantidad inferior a la reclamada por la actora, más los intereses legales devengados por la misma desde la presentación de la demanda, todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales. Recurrida en apelación por la representación procesal de F. C., S. L. U., la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó la apelación, confirmando la resolución recurrida, por entender que todos los créditos cuya compensación se pretende por la apelante son posteriores a la declaración de concurso, y no nacen del contrato, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

16. Diferencia entre cesión de contrato, de crédito y de deuda.—La cesión de contrato y la cesión de crédito son figuras próximas, pero con importantes diferencias de régimen en lo concerniente a la necesidad de notificación y consentimiento de la contraparte para su eficacia. La sentencia extractada define la frontera entre ambas, de modo que sólo puede calificarse de cesión de contrato cuando de este derivan obligaciones recíprocas para las partes y, además, al tiempo de la cesión estas siguen vivas y pendientes de cumplimiento para ambas. Si, por el contrario, la obligación es unilateral o, siendo sinalagmática, una de las partes ya ha cumplido todas sus obligaciones, debe considerarse cesión de crédito o de deuda, según el cedente sea el acreedor o deudor. Aplicando esta doctrina al contrato de préstamo hipotecario con intereses, que hoy se considera sinalagmático, el Tribunal Supremo concluye que sólo habrá cesión de contrato cuando el prestatario no haya puesto todavía a disposición del prestamista la cantidad comprometida.

Renuncia al derecho de notificación del deudor cedido.—La Sala Primera define las consecuencias de la renuncia por el prestatario a ser notificado en caso de cesión del crédito por el prestamista hipotecario, diferenciando entre los contratos suscritos antes y después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Respecto de los primeros, destaca que el artículo 149 LH, en su redacción anterior, exigía que se diera conocimiento al deudor de la cesión para que fuera eficaz frente a él, salvo que en el contrato se renunciara a este derecho. Interpreta nuestro Alto Tribunal que la renuncia a que se refería dicho precepto equivale a una renuncia a los efectos protectores del artículo 1527 CC para el deudor cedido (efecto liberatorio del pago al acreedor cedente, oponibilidad de las excepciones que tuviera contra él frente al cesionario), y concluye que la misma sería abusiva si se insertara en un contrato de consumo. Respecto de los segundos, por el contrario, y dado que el artículo 149 LH ya no hace referencia a la notificación del deudor, la renuncia contractual al derecho a ser notificado debe considerarse irrelevante. (STS 581/2023, de 20 de abril; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 14 de diciembre de 2007, A suscribió una escritura de préstamo hipotecario que contenía, entre otras, una condición general que habilitaba al banco a ceder el crédito sin notificárselo, la cual especificaba que el deudor renunciaba «al derecho que al efecto le concede el artículo 149 de la Ley Hipotecaria». En 2014 interpuso demanda de nulidad por abusivas de varias cláusulas, incluida la referida a la cesión de crédito.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en cuanto a las demás cláusulas impugnadas, pero no respecto a la de cesión de créditos, interpretando la jurisprudencia del Tribunal Supremo invocada por el actor en el sentido de que sólo es abusiva la cláusula que priva al consumidor de su derecho a ser notificado en el caso de cesión de contrato, no de cesión de crédito. Tanto A como el banco interpusieron sendos recursos de apelación, desestimados por la Audiencia Provincial. En última instancia, A acudió en casación al Tribunal Supremo, que desestima también sus pretensiones. Explica el Tribunal Supremo que su doctrina sobre la abusividad de cláusulas de renuncia al derecho de ser notificado se extiende a las cesiones de contratos y de créditos, siempre que la renuncia suponga un perjuicio para el deudor cedido. Y razona que, durante la vigencia de la

anterior redacción del artículo 149 LH, cláusulas como la enjuiciada deben entenderse como una renuncia a los efectos protectores para el deudor en caso de que no se le notifique la cesión. Sin embargo, al haberse suscrito el contrato pocos días después de la entrada en vigor de la nueva redacción de aquel artículo, que ya no hace referencia a la notificación al deudor, la renuncia es irrelevante.

NOTA.—La STS 126/2004, de 19 de febrero (ECLI: ES:TS:2004:1094), ya estableció la necesidad de que las obligaciones recíprocas estén pendientes de cumplimiento por ambas partes para calificar un acuerdo de cesión de contrato, contrastándolo con la cesión de créditos en cuanto a la necesidad de consentimiento de la contraparte. Sobre la abusividad de las cláusulas de renuncia de derechos en contratos con consumidores, debe distinguirse entre casos de renuncia anticipada y de renuncia posterior al surgimiento de la controversia, ex artículos 10 y 86.7 TRLGDCU: SSTS 137/2019, de 6 de marzo, 889/2022, de 13 de diciembre y 149/2023, de 1 de febrero. (C. C. S.)

17. Desahucio por falta de pago y reclamación de cantidades adeudadas. Aplicación de la moratoria de pago RD Ley 15/2020 de 21 de abril. Medidas de apoyo económicas durante la pandemia de COVID-19.—El Tribunal Supremo considera que las medidas de apoyo consagradas en el RD Ley 15/2020 pueden aplicarse a contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la LAU de 1994. Además, el Tribunal Supremo señala que el cierre de la actividad económica de la demandada es una consecuencia notoria de la pandemia del COVID-19, y no de un acto voluntario de la misma. Por último, aclara que la expresión legal utilizada en el mencionado RD Ley «deberá ser aceptada por el arrendador» no implica que el arrendador tenga libertad de someterse o no a la moratoria, sino que establece la obligatoriedad de adherirse a dicha disposición general si se cumplen las condiciones descritas. (STS 466/2023, de 11 de abril; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.— Con fecha 21 de marzo de 2020, Antonieta, arrendataria de un local comercial, presenta ante la Consejería de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo de la Generalitat de Valencia una solicitud para constatar la concurrencia de una situación de fuerza mayor debido a la pérdida de actividad en su centro de tra-

bajo, como consecuencia de la aplicación del RD 463/2020, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma para gestionar la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Como resultado, solicita de la arrendadora acogerse a la moratoria en el pago de las rentas regulada por el RD Ley 15/2020 de 21 de abril, solicitud que fue rechazada por la arrendadora. A pesar de este rechazo, la arrendataria deja de pagar las rentas a partir de abril de 2020, lo que llevó a la otra parte a interponer demanda de juicio verbal por desahucio por falta de pago de las rentas correspondientes.

En la sentencia de Primera Instancia se desestima íntegramente la demanda al considerar que la arrendataria estaba legitimada para instar la aplicación de las medidas previstas en el RD Ley 15/2020, de 21 de abril. La Audiencia Provincial de Valencia revoca la sentencia y estimó la demanda, al considerar que no era aplicable el mencionado RD Ley 15/2020, dado que el contrato litigioso no estaba sometido a la LAU de 1994. Además, la actividad de la demandada no se suspendió por la pandemia del coronavirus, sino que cesó por su propia voluntad e interés. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, al considerar que las medidas de apoyo económico dispuestas para arrendatarios comerciales afectados por la pandemia deben aplicarse tanto a arrendamientos posteriores a la entrada en vigor de la LAU 1994 como a aquellos celebrados con anterioridad. Además, entiende que hay una relación de causalidad entre el cese de la actividad económica del demandado y el hecho notorio de la pandemia por COVID-19. Por último, señala que la expresión legal relativa a que la moratoria «deberá ser aceptada por el arrendador», no supone que esté sea libre de someterse o no a ella, sino que implica la obligatoria sujeción a dicha disposición general. (*N. M. S.*)

18. Arrendamientos Urbanos. Uso distinto del de vivienda. Interpretación de la DT 3.^a LAU 1994: se respetan los derechos que traen causa del arrendatario originario.—Los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 subsistirán a voluntad del arrendatario, con sujeción a prórroga, al menos hasta que se produzca la jubilación o el fallecimiento de éste. Cuando la DT 3.^a se refiere al arrendatario hace alusión al que lo sea a la entrada en vigor de la LAU de 1994 con independencia de que sea el originario arrendatario.

tario o el que hubiera ocupado su posición contractual por traspaso (STS 279/2022, de 31 de marzo, entre otras).

La DT 3.^a respeta los derechos adquiridos que traen causa del originario arrendatario (STS del Pleno 669/2022, de 14 de octubre). **(STS 218/2023, de 13 de febrero; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La arrendadora formuló demanda de desahucio por expiración del plazo legal de duración del contrato, frente Valeriano y Rosalía, en la que solicitaba que se declarase la resolución del contrato de traspaso del local de negocio propiedad de la actora, celebrado entre los codemandados y Desiderio.

Quedó probado que el contrato de arrendamiento data de 1981, del que trae causa el arrendatario actual (Desiderio), por traspaso efectuado en 1988 (anterior al 9 de mayo de 1895).

El juzgado desestimó la demanda. Recurrida la sentencia de primera instancia por la actora, la audiencia estimó el recurso. El Tribunal Supremo dio al recurso de casación interpuesto por Rosalía. (*I. D.—L. S.*)

19. Relación entre letrado y cliente. Naturaleza jurídica. Obligaciones de las partes.—La relación contractual entre abogado y cliente suele desenvolverse en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia ha construido con elementos del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS 293/2006, de 30 de marzo; 729/2007, de 21 de junio; 375/2021, de 1 de junio, entre otras).

La doctrina del Tribunal Supremo ha precisado que se trata de una relación de carácter convencional, fundada en la confianza mutua y en la confidencialidad de la que deriva el secreto profesional. En este contexto, el abogado adquiere una obligación de medios que consiste en prestar sus servicios profesionales conforme a las exigencias de la *lex artis*, sin garantizar resultados específicos. Por su parte, la obligación del cliente es la de pagar el precio del mencionado servicio. En este sentido, es requisito esencial para la validez del contrato de arrendamiento de servicios la existencia de un «precio cierto», exigencia que puede cumplirse acordando el precio con anterioridad a la prestación de los servicios o determinándolo posteriormente.

Criterios para la determinación judicial de los honorarios.—En ausencia de un acuerdo previo sobre el precio de los servicios, la

determinación de los honorarios la llevará a cabo la autoridad judicial, para evitar que quede al arbitrio de una de las partes.

La jurisprudencia ha establecido una serie de criterios ponderativos de la determinación del importe de los honorarios como el dictamen del Colegio de Abogados, la cuantía de los asuntos, la complejidad del caso y el tiempo dedicado, entre otros (SSTS 241/1994, de 15 de marzo; 59/1998, de 3 de febrero; 153/1998, 24 de febrero; 748/1999, de 16 de septiembre; 115/2001, 16 de febrero). Por último, es indispensable que el abogado demuestre la realidad de los servicios prestados (STS 24 de septiembre de 1988). **(STS 501/2023, de 17 de abril; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Oscar, abogado en ejercicio, representó a Raquel, beneficiaria de justicia gratuita, en la separación de una sociedad mercantil de la que esta era socia y en la adjudicación de bienes de su régimen económico matrimonial. Posteriormente, Oscar interpuso demanda solicitando el pago de 18.000 euros en concepto de honorarios. Consideraba que el carácter gratuito regulado en el artículo 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita no era aplicable a su trabajo y que la demandada había falseado la solicitud de justicia gratuita. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Raquel interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial argumentando que Oscar no había indicado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 32 y siguientes de la Ley 1/1996, que la pretensión para la que fue designado era insostenible.

Contra esta resolución, Oscar interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, aunque determinó que los honorarios debidos eran menores de lo que solicitaba la parte actora. (*M. S. G.*)

20. Incongruencia *extra petitum*. Alteración de la causa de pedir.—El Tribunal Supremo subraya que la congruencia exige una necesaria correlación entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas, y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (SSTS 698/2017, de 21 de diciembre, 233/2019, de 23 de abril y 31/2020, de 21 de enero, entre otras). Considera el Alto Tribunal que la Audiencia ha resuelto erróneamente el recurso de apelación al aplicar las reglas de la responsabilidad extra-

contractual invocadas por Bankia S. A. (apreciando prescripción anual y sin entrar en el fondo del asunto), al no mediar entre las demandantes y aquella, relación contractual alguna. Estima asimismo el Tribunal Supremo, que el hecho de que la demandante haya cometido error, no impide la aplicación de la reglas sobre cobro de lo indebido y enriquecimiento injusto. Por ello, deja sin efecto la sentencia de la Audiencia y dicta una nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento en el recurso de casación.

Cobro de lo indebido. Ausencia de causa legítima que ampare tal actuación de Bankia.—El Tribunal Supremo sostiene que, a pesar de que la transferencia efectuada fuera correcta y el error lo cometiera la propia demandante, ello no impide que se aplique el régimen del cobro de lo indebido, ni la pretensión restitutoria de quien por error pagó a quien no debía. Tampoco resulta admisible para el Alto Tribunal que Bankia S. A. pueda retener el dinero porque no fue el *accipiens*, ni que la citada entidad no deba restituir el dinero con el argumento de que la transferencia no es revocable una vez que ha sido abonada en la cuenta del beneficiario. El pago realizado por la demandante no era un pago debido, y una vez que Bankia conoce esta situación debió proceder a la retrocesión de la transferencia, sin que pueda invocarse para evitarla la deuda que la otra demandada Urbana San Miguel S. L. mantenía con Bankia S. A. (STS 615/2023, de 25 de abril; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Las mercantiles Iberdrola Distribución Eléctrica S. A. U. e Iberdrola S. A. interpusieron demanda de juicio ordinario contra Urbana San Miguel S. L. y Bankia S. A. Solicitaban que se declare que Urbana San Miguel S. L. percibió por error un pago de 413.706,15 € que no era debido por las actoras, que Bankia ha afectado para sí el ingreso indebido, por lo que ambas se han enriquecido injustamente, y que ambas deben restituir a las actoras la cantidad señalada. Urbana San Miguel S. L. contesta a la demanda solicitando que se dicte sentencia por la que con estimación de alguna de las excepciones alegadas se desestime la demanda, y subsidiariamente, que de entrarse al fondo de asunto, se desestime igualmente la demanda pues no se ha apropiado ni beneficiado de cantidad alguna. Bankia, por su parte, contesta a la demanda pidiendo que con estimación de la excepción material de prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual al haber transcurrido el plazo de un año, se acuerde su desestima-

ción, y el archivo del procedimiento. Subsidiariamente, que se desestime íntegramente la demanda, absolviéndola, con imposición de costas a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia estima las pretensiones de Iberdrola S. A. e Iberdrola Distribución Eléctrica S. A. U., y declara que Urbana San Miguel S. L. ha percibido por error la cuantía señalada previamente -aunque la absuelve de todos los pedimentos-, que Bankia a afectado para sí el ingreso indebido sin causa legítima y, por ello, debe restituir el dinero.

La sentencia dictada fue recurrida en apelación por Bankia S. A., e impugnada por Iberdrola S. A. e Iberdrola Distribución Eléctrica S. A. U. La Audiencia Provincial de Valencia, estima el recurso interpuesto por Bankia, revocando la sentencia y absolviéndola, desestimando la impugnación formulada por las demandantes.

Iberdrola S. A. e Iberdrola Distribución Eléctrica S. A. U. interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, el Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de la Audiencia Provincial, anulándola y confirmando íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia. (M. Z. Z.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. La interrupción del plazo de la prescripción adquisitiva.—La posesión *ad usucapionem* ha de ser ininterrumpida. El artículo 1946.3 CC establece que la citación judicial no produce efectos interruptivos del plazo de la prescripción «si el poseedor fuera absuelto de la demanda». El artículo 1946.3 CC no se refiere específicamente a los casos en los que se promueve un proceso penal, que finaliza sin declaración de responsabilidad, como es el caso que nos ocupa en que la demandada recurrente fue absuelta. Ello no significa que no sea también aplicable dicha excepción. La Audiencia Provincial señala que, durante la pendencia del proceso penal, no puede computarse el plazo de prescripción, porque el actor no podía deducir la acción civil contra la usucapiente (art. 114 LECrim). Con todo, lo cierto es que la recurrente fue parte acusada en el proceso criminal y, contra ella, se ejercitaron las acciones penales y civiles dimanantes del delito de las que fue absuelta. Si esto es así, difícilmente cabe entender que no poseyó de forma continua durante la sustanciación del proceso penal.

La persistencia de buena fe en la usucapión ordinaria.—Uno de los requisitos condicionantes de la operatividad de la usucapión ordinaria es que el poseedor lo sea de buena fe (art. 1957 CC). En cualquier caso, es también un requisito ineludible que la buena fe se mantenga durante el transcurso del plazo de la posesión *ad usucapionem* (apta para usucapir). En este sentido, el artículo 1957 CC exige que la buena fe se tenga «durante» todo el tiempo de la prescripción, y el artículo 435 de dicho texto legal contempla, expresamente, que la buena fe inicial se pierde como consecuencia de «actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente». En este caso, la pendencia del proceso penal permitió a la recurrente tomar constancia de su posesión ilegítima sobre la finca litigiosa, perdiendo su condición de poseedora de buena fe. La denuncia penal formulada, así como la tramitación del proceso penal para investigar los hechos objeto de la noticia criminal, determinó que la demandada recurrente perdiera la condición de poseedora de buena fe, puesto que, durante la sustanciación de dicho proceso, en el que fue parte, tuvo cabal constancia de la creación ficticia del título dominical en el que su causante jurídico, el vendedor, fundó su falaz derecho de propiedad sobre la finca litigiosa. Por ello, la pretensión de la demandada a través del cual insta que se declare su condición de legítima propietaria sobre la finca litigiosa en virtud de la prescripción ordinaria alegada (art. 1957 CC), no puede prosperar. (STS 419/2023, de 28 de marzo; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 22 de diciembre de 2017, Juan Alberto ejercitó una acción reivindicatoria de una finca contra Berta y otros demandados. En lo que aquí interesa, Berta formuló reconvencción para que se declarase su dominio sobre la finca litigiosa por usucapión.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción.

Contra la sentencia de Primera Instancia, la demandada interpuso un recurso de apelación, el cual fue desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial.

La demandada interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (J. M.^a M. F.)

22. Idoneidad del juicio de precario para obtener el lanzamiento del ocupante del inmueble por quien no fue parte ni

intervino en el procedimiento hipotecario.—El Tribunal Supremo ha establecido que no se puede negar a un tercero la posibilidad legal de acudir al procedimiento de desahucio por precario si el título que justifica la demanda proviene de una transmisión onerosa realizada al margen del procedimiento hipotecario en el que dicho tercero no fue parte ni intervino (STS 771/2022, de 10 de noviembre). Además, en este tipo juicios, la parte demandada puede hacer valer su título para permanecer en la posesión del inmueble mediante la presentación del auto de suspensión del lanzamiento o contrato de arrendamiento obtenidos al amparo de la Ley 1/2013. (STS 515/2023, de 18 de abril; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Coral Homes S. L. U. presenta una demanda de desahucio por precario contra Dulce y otros ocupantes desconocidos de una finca ubicada en San Lorenzo del Escorial. La demandada solicita la desestimación de la demanda o, en su defecto, la suspensión del proceso debido a la presencia de menores, hasta que las autoridades encontraran una solución habitacional digna y adecuada.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, declara el desahucio y condena a Dulce y a los demás ocupantes a abandonar la finca, dejándola libre y a disposición de la entidad demandante. La demandada interpuso un recurso de apelación, el que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid, confirmando la sentencia apelada. Ante lo anterior, la demandada presenta recurso de casación, que fue igualmente desestimado por el Tribunal Supremo, al señalar que la recurrente no solicita el beneficio del régimen protector establecido en la Ley 1/2013 y no aporta pruebas que demuestren su situación económica y social. Finalmente, el Tribunal Supremo indica que la demandada perdió su título de dominio sobre la vivienda debido a una venta forzosa en un procedimiento de ejecución hipotecaria, lo que la califica como precarista y justifica legalmente el desahucio. (N. M. S.)

23. Servidumbres sobre elementos comunes y el derecho del afectado a ser indemnizado de los vecinos.—El Tribunal Supremo se pronuncia a favor de la aplicación del artículo 9.1.c) LPH a servidumbres que se constituyen, no sobre viviendas o locales, sino sobre elementos comunes de un edificio sometido al régimen de

propiedad horizontal, pero que de algún modo afectan negativamente a aquellos. Establece así que los vecinos tienen el deber de consentir dichas servidumbres, siempre que se hayan constituido con las mayorías legalmente previstas, pero a cambio tienen derecho al oportuno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. (**STS 435/2023, de 29 de marzo**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios acordó, con las mayorías legalmente exigibles, instalar un ascensor en el patio de luces comunitario. A, propietaria de uno de los pisos, consideró que el ascensor implicaba una privación parcial de su derecho de luces y vistas, pues la instalación ocupaba parte de la ventana de su dormitorio. Consecuentemente, interpuso demanda contra la comunidad de propietarios pidiendo una indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó su demanda, argumentando que no se puede acreditar la luminosidad previa a la instalación, que no se ha demostrado una especial incidencia en su vivienda y que, más que un perjuicio indemnizable, se trata de una carga que se compensa con las ventajas que derivan de la instalación. A interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue estimado. Razona la Audiencia Provincial que es de aplicación el artículo 9.1.c) LPH, de modo que, aunque los propietarios que se oponen a este tipo de intervenciones deben soportarlas, a cambio tienen derecho a ser resarcidos de los perjuicios que se les deriven. Finalmente, la comunidad interpone recurso extraordinario de casación, que el Tribunal Supremo desestima, confirmando que la constitución de servidumbres sobre elementos comunes puede generar responsabilidad respecto de los vecinos que sufran un daño.

NOTA.—La STS 23/2009, de 11 de febrero, ya había reconocido la posibilidad de establecer una servidumbre de ascensor sobre un patio común aunque suponga un perjuicio para algún propietario, siempre que el acuerdo se adopte con las mayorías legales. Sin embargo, en tanto que en aquel caso sólo se pedía la paralización de la obra y no la indemnización del daño, hasta la sentencia extractada el Tribunal Supremo no se había pronunciado sobre su procedencia. (C. C. S.)

24. Propiedad horizontal y derechos de igualdad, libertad ideológica, libertad personal e intimidad.—La Sala Primera del Tribunal Supremo estima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal respecto de la lesión a los derechos fundamentales a la igualdad, libertad ideológica, libertad personal e intimidad. En este sentido, considera que las normas, instrucciones o actuaciones de la comunidad de propietarios demandada, impidiendo o perturbando a los demandantes el acceso a los elementos comunes por el hecho de no practicar el nudismo, atenta contra los derechos fundamentales referidos. Asimismo, se declaran nulas las normas interiores, instrucciones o directrices en el seno de la comunidad de propietarios que impidan o perturben el acceso a los espacios comunes. (STS 217/2023, de 13 de febrero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Dos propietarios de apartamentos de uso vacacional demandan a la correspondiente comunidad de propietarios por la prohibición del acceso a los elementos comunes. Una de las comunidades de propietarios agrupa a un conjunto minoritario de vecinos, que pretende imponer la práctica del nudismo a la otra comunidad de propietarios dentro de la misma urbanización. En este caso, no se ha procedido a la inscripción registral de la división horizontal, dando lugar a un conflicto acerca de la legítima constitución de la comunidad de propietarios, pues coexisten dos comunidades diferentes sobre el mismo conjunto residencial. (C. A. C.)

DERECHO DE FAMILIA

25. Acogimiento de menores. El interés superior del menor como criterio valorativo circunstancial.—El menor, como individuo en formación, precisa de una protección especial, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario tutelar. En este sentido, el derecho alemán se refiere al principio de promoción de la personalidad (*förderungsprinzip*), como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades sobre los menores.

La infancia conforma un periodo fundamental en el devenir de las personas (la vida es lo que hacemos y nos pasa), de ahí la importancia de contar con un adecuado sistema jurídico de protección, con raíces constitucionales en el artículo 10.1 CE, en cuanto reconoce el

derecho al libre desarrollo de la personalidad, y, en el artículo 39 CE, que proclama el interés superior de los menores.

El interés del menor no puede concebirse, desde un punto de vista estrictamente abstracto o general, mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen del contexto en que se manifiesta.—El interés del menor no puede fijarse a priori para cualquier menor, sino que debe ser apreciado con relación a un menor determinado en unas concretas circunstancias. Así, las SSTS 444/2015, de 14 de julio, y 720/2022, de 2 de noviembre, establecen que el interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso (STS 13 de febrero de 2015). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor.

El interés primordial del niño o de la niña se debe compatibilizar con los otros intereses concurrentes, cuando sea posible, pero siempre deberá prevalecer el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.—Por esto, cuando el interés del menor se valore con derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas, como pueden ser los de sus progenitores, que gozan del derecho a la vida familiar que proclama el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el artículo 2.4 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, será el interés superior del menor el que prevalece.

El retorno del menor con sus padres no es un principio absoluto e incondicionado.—El derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para su desarrollo físico, intelectual e integración social, contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (SSTS 565/2009, de 31 de julio; y 170/2016, de 17 de marzo).

La protección de menores: evolución.—Consecuencias del mandato del artículo 39 CE, de los cambios sociales y de la doctrina que se ha ido creando sobre protección de menores, han surgido la

LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, con idéntica finalidad. El artículo 19 bis, núm. 3, de esta segunda ley, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, que entró en vigor el 18 de agosto de 2015, sirve de guía a la hora de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores, al disponer que para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la familia. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con ella.

La ponderación de las concretas circunstancias concurrentes en la apreciación del interés superior del menor: habrá de tenerse en cuenta los informes posteriores aportados al proceso.—Con la finalidad de valorar la reintegración del niño con sus padres no se puede prescindir de los informes posteriores aportados al proceso, indicativos de la evolución positiva o negativa de los factores de riesgo, en su día, apreciados para acordar la medida de protección adoptada, máxime cuando se pretende el reintegro familiar (véase la STS 565/2009, de 31 de julio).

El interés superior del menor como consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.—Esta proclamación se refleja en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional (SSTC 64/2019, de 9 de mayo; 81/2021, de 19 de abril; y 113/2021, de 31 de mayo, entre otras), como de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS 175/2021, de 29 de marzo; 438/2021, de 22 de junio; 705/2021, de 19 de octubre; y 729/2021, de 27 de octubre, entre otras muchas); así como, también, por la propia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 24 de marzo de 1988). (STS 281/2023 de 21 febrero; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Es objeto del presente procedimiento, la oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, dictadas por una Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores de 19 de diciembre de 2019, por la que se acordaba la incoación del procedimiento de declaración de desamparo y asunción de tutela de un menor no nacido, y la ulterior resolución de 7 de abril de 2020, por la que se

acordaba la declaración de desamparo y asunción de tutela del niño, nacido en 2022, llamado Cosme.

Contra dichas resoluciones los progenitores del menor interpusieron demanda de oposición, al entender que no se ajustaban a derecho, con solicitud de que se les entregase la custodia de su hijo. A tal pretensión se opuso la Comunidad Autónoma competente y el Ministerio Fiscal.

Quedó probado la falta de habilidades de los padres para asumir el cuidado físico y emocional de su hijo. La falta de estabilidad en las relaciones personales de los progenitores del menor, en clara crisis de pareja, con relaciones conflictivas, no ajenas a episodios violentos, fruto principalmente del nuevo embarazo de la madre de otra persona distinta al padre de Cosme. La inmadurez de la madre, incapaz de planificar su vida en un factible proyecto vital, a lo que, desde luego, no ayudan tampoco sus negativas experiencias de infancia. Pasividad y falta de implicación del padre del menor en la asunción de la crianza de un menor. Además, de los múltiples informes técnicos contrarios al reintegro de Cosme con sus padres.

Además, la situación del menor en su familia de acogida, con la que convive desde poco después de su nacimiento, se desenvuelve en un entorno sumamente favorable para el libre desarrollo de su personalidad, bajo pautas acreditadas de cuidado personal diligente, atención y afecto, que determinarían que el retorno del Cosme con sus progenitores produciría un negativo impacto emocional, y el sometimiento a una situación de riesgo real y efectivo.

El juzgado estimó la demanda. La Administración autonómica recurrió la sentencia de primera instancia, que fue confirmada por la audiencia. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración, cuya admisión fue solicitada también por el Ministerio Fiscal. (*I. D.-L. S.*)

26. Autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre personas casadas.—La jurisprudencia de la Sala Primera ha venido admitiendo con amplitud el juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre las personas casadas, a las que se reconoce el poder de autorregulación de sus propios intereses cuando se trata de materias disponibles. Ello de conformidad con el principio de libertad contractual y la libertad de contratación entre los esposos, que desde 1981 consagra el artícu-

lo 1323 CC, en la línea con los principios constitucionales de libertad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

Dos futuros esposos pueden renunciar de manera preventiva en capitulaciones matrimoniales a los derechos y acciones que pudieran corresponderles en el momento de divorcio. Este es el caso de unos pactos en previsión de una crisis matrimonial, plenamente admisibles como negocios de familia, siempre que se cumplan los requisitos de los contratos (en especial, art. 1261 CC) y que respeten los límites infranqueables que resultan de la Constitución y del resto del ordenamiento (arts. 1255 y 1328 CC), en el entendido de que el orden público como límite a la autonomía de la voluntad para la ordenación de los efectos de la crisis matrimonial se identifica sustancialmente con los principios y valores constitucionales. Así, señaladamente, los pactos no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos, dando lugar a situaciones de sumisión en lo personal o en lo patrimonial, ni excluir la libertad personal de permanecer o poner fin a la relación matrimonial (art. 32 CE), ni ser contrarios al interés de los hijos menores (art. 39 CE). Tampoco pueden contravenir normas imperativas, como la renuncia a alimentos futuros, cuando procedan.

En la regulación del Código Civil, la compensación por desequilibrio y la compensación por el «trabajo para la casa» tienen carácter disponible, tanto en su reclamación, que puede renunciarse, como en su configuración. Ambas se conceden solo a petición de parte y su determinación judicial debe hacerse teniendo en cuenta los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges (art. 97 CC, para la compensación por desequilibrio), o a falta de acuerdo entre los cónyuges (art. 1438 CC, para la compensación por el trabajo doméstico). Los acuerdos sobre estos derechos, y en particular, los que incluyen su renuncia, pueden formar parte de convenios reguladores de la crisis matrimonial que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 CC, «serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges». Se introduce así con carácter excepcional un denominado «control de lesividad» que resultaría también aplicable a los pactos prematrimoniales que incluyan contenido propio de un convenio regulador. Por la excepcionalidad con la que se regula, es evidente que la lesividad no puede apreciarse sin más por el hecho de que se renuncie a derechos que corresponderían legalmente en caso de no existir renuncia, pero que se configuran por el legislador como derechos disponibles.

Partiendo del respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, la validez de sus acuerdos exige la formación libre del consenti-

miento. Si, por ejemplo, no se ha denunciado ningún vicio del consentimiento ni tampoco cabe presumir una relación de superioridad del futuro esposo respecto de la futura esposa que diera lugar a que su consentimiento no fuera libremente formado y emitido, se debe presumir que el consentimiento se ha emitido de forma libre.

Para considerar un pacto prematrimonial como lesivo, no es suficiente que en el momento de la disolución del matrimonio concurren los presupuestos para el reconocimiento de los derechos a que se ha renunciado, porque precisamente esa es la finalidad del pacto que los futuros esposos quisieron libremente, por entender que así convenía a sus intereses. Tampoco se perjudican los intereses del hijo común si su sustento queda garantizado mediante el reconocimiento de alimentos en su favor.

Cierto que la aparición de circunstancias no previstas puede colocar a un cónyuge en una situación que, por no serle imputable, puede hacer irracional exigir el cumplimiento de las previsiones negociales de los esposos. Pero este no es el caso si el esposo continúa ejerciendo actividades profesionales remuneradas y, llegado el nacimiento del hijo común, la esposa se dedica a su cuidado, sin que el cuidado personal del esposo fuera paritario. En todo caso, la dedicación personal de la esposa, si además se dieran todos los respectivos presupuestos legalmente exigidos para una y otra figura, podría dar lugar al reconocimiento del derecho a la prestación compensatoria y de la compensación económica por el trabajo, pero no permite concluir que la renuncia previa a tales derechos sea ineficaz. **(STS 362/2023, de 13 de marzo; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Ana y Julio, con anterioridad a la celebración de su matrimonio, otorgan escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que acuerdan que el matrimonio proyectado se registrará por el régimen de separación de bienes y que, en caso de divorcio, nada se reclamarán el uno al otro por cualquier concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos.

Ana interpone demanda de divorcio contra Julio. La demanda es estimada en parte, sin establecimiento de pensión compensatoria ni indemnización a favor de Ana.

Ambos recurren en apelación. Los recursos son parcialmente estimados, quedando establecida una pensión compensatoria de 500 € mensuales durante 3 años y una

compensación por trabajo doméstico de 30.000 € en favor de Ana. La justificación de la Audiencia reside en que no debe aplicarse la renuncia acordada porque, al no haberse dado la contribución paritaria en el cuidado del hijo, no se dan las condiciones y circunstancias pactadas en las capitulaciones.

Julio interpone recurso de casación, que es estimado, basándose en la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre cónyuges. Se trata de un matrimonio celebrado por dos personas con cierta madurez, que llevaban cuatro años de relación sentimental, incluido un periodo de convivencia. Cuando otorgaron las capitulaciones, días antes de contraer matrimonio, los dos se encontraban divorciados (él con tres hijos de su matrimonio anterior e importantes cargas económicas); es decir, contaban con una experiencia matrimonial fracasada y el conocimiento de lo que eso conlleva. La futura esposa disponía de una trayectoria personal y vital que impide hablar de una parte «débil» o ignorante que pudiera haber padecido error sobre las consecuencias de su renuncia: tenía en ese momento 43 años y era, según ha mantenido el recurrente, y ella no lo ha negado, licenciada en economía y empresaria autónoma. Por otra parte, la intervención del notario que autoriza la escritura pública de capitulaciones matrimoniales garantiza que la futura esposa pudiera ser consciente de lo que implicaba la renuncia que firmaba, y en este sentido es significativo que en la escritura el notario hiciera constar lo siguiente: «manifiestan asimismo los señores comparecientes, aun advertidos por mí, (el notario) de la trascendencia y contundencia de este pacto, que quieren pactar, y en efecto pactan, que, en caso de disolución, divorcio o nulidad del matrimonio proyectado nada se reclamarán el uno al otro por ningún concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos. A excepción de las acciones que amparen a los hijos comunes, en su caso». Por tanto, no procede el establecimiento de pensión compensatorio ni indemnización por trabajo doméstico. (*T. R. C.*)

27. Régimen económico-matrimonial: sociedad de gananciales. Responsabilidad por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges.—El Tribunal Supremo, tras exponer la doctrina juris-

prudencial que pone de relieve la dificultad de distinguir los supuestos de aplicación de los artículos 1365. 2 y 1366 CC, alude a la importancia de analizar las circunstancias de cada caso concreto para llegar a una solución correcta (STS 762/2005, de 25 de octubre). En el caso que nos ocupa entiende el Alto Tribunal que los ilícitos fiscales cometidos por el esposo derivados de la realización de operaciones económicas ficticias para obtener devoluciones indebidas de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT), relativas al IVA declarado por parte de una cooperativa de la que era administrador de hecho con facultades de control y gestión, no conllevan la responsabilidad civil directa de la sociedad ganancial. Subraya el Tribunal Supremo que no se trata de una actuación del cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal, sino derivada de un hecho doloso enmarcado dentro de un delito tributario nacido de la cooperativa en cuyo provecho actuó (en el mismo sentido, STS 262/2004, de 31 de marzo). Asimismo, recalca que la aplicación el artículo 1317 CC es obvia, ni si quiera lo cuestiona la parte recurrente, por lo que las capitulaciones matrimoniales, con la correlativa atribución de bienes del consorcio a la esposa, no son oponibles a la AEAT. (SSTS 773/1999, de 25 de septiembre, 257/2002, de 18 de marzo, 184/2006, de 1 de marzo, 120/2012, de 8 de marzo, y 49/2014, de 19 de febrero, entre otras). **(STS 345/2023, de 6 de marzo; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spielberg.]

HECHOS.—El Abogado del Estado, en nombre y representación de la AEAT, interpuso demanda contra J. A y L. solicitaba que se declarara que las deudas tributarias de J. A derivadas del IVA 2007, IVA 2008, IRPF 2007 e IRPF-SANCIÓN 2007, por importe total de 847.133,57 euros, más los intereses tributarios de demora correspondientes, son cargo de la sociedad conyugal de gananciales. También pide que se declare que la liquidación de la antigua sociedad conyugal de gananciales de los codemandados es inoponible, ex artículo 1317 CC, a la Hacienda pública acreedora. En consecuencia, las fincas adjudicadas a L. deben responder al pago de las deudas tributarias con los intereses correspondientes. Por último, requiere que se impongan las costas a los codemandados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, pero sin imposición de costas a parte alguna.

Interpuesto recurso de apelación por los codemandados es desestimado por la Audiencia Provincial de Badajoz, que

confirma íntegramente la sentencia de primera instancia, con imposición de costas a los apelantes.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación lo que conlleva que no se haga especial condena en costas. Declara, de un lado, que la deuda de J. A. derivada del IRPF 2007, con los correspondientes intereses de demora y sanción impuesta, son de cargo de la sociedad de gananciales formada en su día, por J. A. y L. De otro lado, declara que la disolución de la sociedad conyugal de gananciales de codemandados, llevada a efecto por capitulaciones matrimoniales de 22 de septiembre de 2009, no es oponible frente a la Hacienda Pública acreedora en la ejecución derivada de las deudas tributaria objeto de este proceso, tanto por IRPF como por IVA. (*M. Z. Z.*)

28. Cantidades susceptibles de ser descontadas en el cómputo de la compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes.—En el régimen de separación de bienes, donde cada cónyuge hace suyos los bienes que adquiera por cualquier título, el legislador ha introducido una regla sobre el levantamiento de las cargas del matrimonio que concreta la regla general del artículo 1318 CC. Conforme al artículo 1438 CC, los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio, contribución que debe realizarse, a falta de convenio, y por exigencia del mismo artículo 1438 CC, en proporción a sus respectivos recursos económicos. Añade el precepto que el trabajo «para la casa» será computado como contribución a las cargas y, además, dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación. El sentido de que en el momento de la extinción del régimen de separación de bienes sea exigible frente al otro cónyuge una compensación por el cónyuge por el «trabajo para la casa» es reequilibrar la falta de proporción a los respectivos recursos de las contribuciones de cada uno a las cargas del matrimonio antes de su disolución.

Si se trata de que en el momento de la extinción del régimen económico de separación de bienes, el cónyuge que ha contribuido a las cargas familiares con los ingresos obtenidos en su actividad profesional compense a quien lo ha hecho aportando su dedicación personal a la familia y a la casa, es razonable exigir que de la compensación se descuenta todo aquello que el cónyuge acreedor de la compensación haya podido percibir durante la convivencia y en lo que exceda de las cargas del matrimonio que incumbían

al deudor de la compensación. Sin embargo, gastos tales como el pago del seguro del hogar, los gastos de dentista o de teléfono o la compra de un colchón forman parte de las necesidades ordinarias de la familia, aunque se hicieran en relación con el cónyuge que trabaja para la casa.

Las transferencias realizadas entre dos personas que conviven *more uxorio* con anterioridad a la celebración de su matrimonio, con independencia de la finalidad de las mismas (aún siendo destinadas al pago del préstamo hipotecario de la vivienda propiedad de quien recibe la transferencia), no dan lugar a descuento ninguno respecto de la compensación por trabajo doméstico. Tampoco dan lugar a descuento alguno en la compensación por trabajo doméstico pagos, constante matrimonio, relacionados con la vivienda familiar realizados por el cónyuge que trabaja fuera de casa, siempre que las cuantías pagadas sean moderadas en atención a la diferencia de recursos económicos de ambos cónyuges, aunque la vivienda fuera propiedad de la persona que trabaja para la casa. Tampoco dan lugar a descuento los gastos relacionados con la compra de un coche, siempre que quepa deducir que tal coche se utilizaba para la satisfacción de las necesidades familiares.

Carácter temporal de la pensión compensatoria en el régimen de separación de bienes.—La fijación de una pensión compensatoria con límite temporal exige constatar la concurrencia de una situación de idoneidad, que permita al cónyuge beneficiario superar el desequilibrio económico sufrido transcurrido un concreto periodo de tiempo; o dicho de otra forma, que, con ello, no se resienta la función de restablecer el equilibrio, que es consustancial a la fijación de una pensión de tal naturaleza. A tales efectos, es preciso que los tribunales realicen un juicio prospectivo a fin de explorar o predecir las posibilidades de que, en un concreto plazo de tiempo, desaparezca el desequilibrio existente, al poder contar el beneficiario con recursos económicos propios que eliminen la situación preexistente. Se trata, en definitiva, de un juicio circunstancial y prudente, que deberá llevarse a efecto con altos índices de probabilidad, que se alejen de lo que se ha denominado mero futurismo o adivinación. Para ello, se deben tener presentes las siguientes circunstancias:

- 1) el establecimiento de un límite temporal en las pensiones compensatorias depende de que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, cuya apreciación obliga a tomar en consideración las específicas circunstancias concurrentes en cada caso;

2) que para fijar la duración temporal de la pensión compensatoria es necesario atender a los factores a los que se refiere el artículo 97 CC;

3) en tal función, los tribunales deben ponderar, como pauta resolutoria, la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo determinado, y alcanzar, de esta forma, la convicción de que no es preciso prolongar más allá el límite temporal establecido;

4) tal juicio prospectivo o de futuro deberá de llevarse a efecto, con prudencia y con criterios de certidumbre o potencialidad real, determinada por altos índices de probabilidad;

5) el plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio;

6) la fijación de una pensión, como indefinida en el tiempo, no impide se deje sin efecto o que sea revisable por alteración de fortuna y circunstancias en los supuestos de los artículos 100 y 101 CC.

Todo conduce a considerar poco halagüeñas las probabilidades de integración en el mundo laboral de la una mujer de 57 años sin cualificación profesional, dado que pertenece a un colectivo en el que se centra el mayor número de parados de larga duración y tasas de desempleo más elevadas. La falta de cualificación profesional y de actualización de sus conocimientos, tras no haberse dedicado durante los últimos 12 años a actividad profesional alguna, no ofrece un pronóstico favorable. (STS 357/2023, de 10 de marzo; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Severiano interpone demanda de divorcio contra Isabel. Ambos estaban casados en régimen de separación de bienes, sin haber otorgado capitulaciones matrimoniales. La demanda es parcialmente estimada, fijándose una pensión compensatoria temporal y una compensación por trabajo doméstico en favor de Isabel.

La sentencia de instancia es recurrida en apelación por Isabel e impugnada por Severiano. El recurso es estimado parcialmente, de modo que la pensión compensatoria queda establecida con carácter indefinido.

Severiano interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Severiano impugna la cuantía de la compensación por trabajo doméstico, dado que entiende que se deben deducir ciertas cantidades abonadas por él en beneficio exclusivo de Isabel, al tiempo que solicita que la pensión compensatoria tenga carácter temporal,

dado que Isabel tiene experiencia profesional previa, que la convivencia matrimonial ha durado solo 15 años, que dispone de tiempo para trabajar fuera como consecuencia de la custodia compartida de las hijas y que no existe ninguna causa que le impida trabajar. El recurso de casación es desestimado, dado que queda probado que Isabel dejó de trabajar al nacer la primera hija, que se dedicó al trabajo doméstico y que tiene pocas expectativas de reincorporación al mercado laboral. (T. R. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

29. Testamento. Caracteres generales.—1.º Es un negocio jurídico unipersonal que no puede otorgarse, en el derecho común, de forma mancomunada (art. 669 CC). 2.º Es personalísimo (art. 670 CC y STS del Pleno 146/2018, de 15 de marzo). 3.º Es formal o solemne, que exige el cumplimiento de los cauces de exteriorización de la declaración de voluntad que establece el ordenamiento jurídico, así como los requisitos que para el otorgamiento señala la ley (arts. 687, 705 y 715 del CC). En este contexto, se ha declarado la nulidad del testamento en el caso de la falta de expresión de la hora del otorgamiento (STS 21 de junio de 1986); ausencia de indicación de la fecha del testamento ológrafo (STS 6 de febrero de 1968), omisiones en la identificación del testador en testamento cerrado (STS 7 de julio de 1943) o por no existir constancia de la imposibilidad de acudir al notario en el testamento en peligro inminente de muerte (STS de 22 de marzo de 1983).

Flexibilización del requisito formal o solemne del testamento.—No es necesario que la manifestación del notario acerca de la capacidad de la otorgante se consigne con las palabras precisas, basta cualquier otro modo o con locución distinta exprese clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento (STS 24 de abril de 1896).

Sobre la flexibilización del requisito formal del testamento se encuentran, entre otras, SSTS 26 de noviembre de 1901, 15 de marzo de 1951, 12 de mayo de 1998, 14 de octubre de 2008, 20 de marzo de 2013, 10 de septiembre de 2015, y 19 de octubre de 2016. Esta última sentencia afirma que la exigencia de forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido, pero esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente

cuando en el testamento interviene el notario (en este sentido la STS 535/2018, de 28 de septiembre).

En suma, como afirma la STS 170/2012, de 20 de marzo, la declaración de nulidad de un testamento no puede ser exageradamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante.

Concurrencia de un solo facultativo en el acto de otorgamiento del testamento.—En el acto de otorgamiento del testamento sólo compareció un facultativo, que suscribió el testamento y no los dos que requería el artículo 665 CC, en su redacción entonces vigente, requisito que actualmente no es exigido, tras el nuevo contenido del precepto tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. Es finalidad de esta ley, expresamente explicitada en su exposición de motivos, la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que, en su artículo 12.2, proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

El instrumento de ratificación de la precitada convención se publicó en el BOE de 21 de abril de 2008, y es derecho vigente en España desde el 3 de mayo de dicho año, formando parte de nuestro ordenamiento jurídico interno como resulta de lo dispuesto en el artículo 96.1 CE. Esta incorporación es trascendente, en tanto en cuanto, de acuerdo con el artículo 10.2 CE, se conecta con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (SSTC 36/1991, de 14 de febrero; y 106/2022, de 13 de septiembre), y conforma criterio interpretativo de las normas.

Persona con discapacidad declarada en sentencia judicial: La capacidad para testar es la regla general.—Es mérito del Convenio de Nueva York reconocer a las personas, que presentan disfunciones, la misma capacidad jurídica de la que gozan las otras personas que no sufren deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo en los términos de su artículo 1.1, sin perjuicio que, para el concreto ejercicio de los derechos, precisen un sistema de apoyos (art. 12.3 del Convenio) (STS 269/2021, de 6 de mayo).

El artículo 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente. De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción (STS 146/2018, de 15 de marzo).

Fuerza probatoria de los documentos públicos.—La fuerza probatoria plena del documento público no se puede extender a lo

que constituyan apreciaciones subjetivas del fedatario autorizante (art. 319 LEC); pero, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, constituyen una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede desvirtuarse mediante una evidente y completa prueba en contrario (SSTS 146/2018, de 15 de marzo; y 465/2019, de 17 de septiembre, entre otras muchas). **(STS 156/2023 de 3 febrero; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 14 de marzo 2014, Lourdes otorga testamento abierto en Salamanca donde consta que el notario conoce e identifica a los comparecientes: la testadora y un médico forense que interviene a los solos efectos de apreciar y certificar, como así hace, la capacidad para este acto de Lourdes. En este testamento, único otorgado por Lourdes, instituye heredero universal de todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones a su hermano Leandro, a quien sustituye la hija de éste, Evangelina. También, nombra albacea, comisario, contador partidor, con amplias facultades para dar cumplimiento a cuanto dispone el testamento, a Gregoria.

El 15 de mayo de 2016, fallece Lourdes, en estado de soltera, sin descendientes, ni ascendientes. Los demás hermanos de la causante demandaron a Leandro, solicitando la nulidad del testamento. Aportaron un informe médico que concluía que Lourdes carecía, antes de otorgar testamento, de una capacidad de obrar o actuar suficientes para otorgarlo.

Quedó probado, mediante sentencia judicial de 3 de noviembre de 1999, la incapacidad parcial de Lourdes, con rehabilitación de la patria potestad en la persona de su madre, única y exclusivamente en el orden patrimonial. Esta sentencia no se pronunció sobre su capacidad de testar. Se aportó en este procedimiento un certificado del INSS donde se reconocía a Lourdes, desde el 6 de febrero de 1973, una discapacidad psíquica del 69% por esquizofrenia simple.

Tras el fallecimiento de la madre de Lourdes, el 4 de octubre de 2011, se inició un procedimiento judicial para la designación de tutor, cargo que, recayó en Leandro, que lo aceptó el 17 de mayo de 2012. En la designación de tutor se tomó en consideración la preferencia manifestada por Lourdes, pues convivía con su hermano en compañía

de la madre de ambos. En ese trance procesal se evidenciaron los enfrentamientos entre los litigantes, que persistieron durante las rendiciones de cuentas.

En los dos meses anteriores al otorgamiento del testamento, se emitieron sendos informes de especialistas en neuropsicología y en medicina legal, respectivamente, que concluyeron que Lourdes tenía unas capacidades mentales normales.

El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda al considerar que la testadora tenía plena capacidad para testar. Uno de los actores recurrió en casación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso. (*I. D.–L. S.*)

30. División judicial de herencia: necesidad de previa liquidación de la sociedad de gananciales del causante.—La partición hereditaria requiere, como presupuesto o elemento esencial, la determinación de los bienes y derechos que integran el patrimonio hereditario del causante, susceptibles de ser transmitidos y repartidos entre sus herederos, lo que precisa la liquidación de su sociedad de gananciales. Ello obedece a que en la sociedad disuelta pero no liquidada, esto es, en la comunidad postganancial, no corresponde a los cónyuges, o a sus herederos, individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes gananciales, sino una participación global sobre la masa ganancial. Solo cuando concluya la liquidación aquella cuota será sustituida por las titularidades singulares y concretas que a cada uno de los excónyuges o a sus herederos se adjudiquen en la liquidación (SSTS 968/2002, de 17 octubre, y 196/2020, de 26 mayo, entre otras). La ausencia de dicha liquidación puede provocar la nulidad de la participación hereditaria cuando su omisión es susceptible de producir alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada heredero (STS 248/2018, de 25 abril).

Innecesaria liquidación de la sociedad de gananciales en procedimientos de formación de inventario.—No liquidar la sociedad de gananciales en el procedimiento en el que se discute la inclusión o exclusión de bienes, no infringe el artículo 1396 CC, que manda liquidarla una vez disuelta, pues la adjudicación de bienes requiere el posterior nombramiento de contador partidor para que realice las operaciones particionales y adjudique los bienes concretos del haber común al causante y al cónyuge superviviente y, una vez determinados los primeros, distribuirlos entre los herederos (arts. 783 y siguientes de la LEC). (**STS 279/2023, de 21 de**

febrero; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En el incidente de formación de inventario de un procedimiento de división de herencia, un heredero alegó la nulidad de actuaciones y solicitó su archivo porque el demandante no había solicitado acumuladamente la liquidación de la sociedad conyugal del causante, lo que, además, según su criterio era imposible resolver en el mismo procedimiento por una serie de cuestiones procesales. El Juzgado desestimó esta solicitud al considerar conveniente el tratamiento unitario de la liquidación de gananciales y de la partición de herencia dada la conexión jurídica que poseen. La Audiencia Provincial confirmó este pronunciamiento. El mismo heredero formuló recurso por infracción procesal al considerar que no cabía acumular en un mismo procedimiento la liquidación del régimen económico matrimonial del causante y la división judicial de su herencia; así como recurso de casación. El Tribunal Supremo no dio lugar a ambos recursos.

NOTA.—La falta de liquidación de la sociedad de gananciales no conllevará en todo caso la nulidad de la partición hereditaria. No la producirá en los supuestos de las SSTS 570/2003, de 11 junio, y 524/2012, de 18 julio (citadas por la extractada), en los que, respectivamente el cónyuge superviviente renunció a sus derechos sobre la masa ganancial, y existía una única finca registral y se atribuyó a los dos hijos la mitad indivisa de los derechos gananciales que sobre la misma correspondían al causante. Tampoco se producirá la nulidad cuando coinciden los herederos y las disposiciones testamentarias de ambos cónyuges fallecidos, porque sería intrascendente que el bien se adjudicase al patrimonio de uno u otro de los causantes. (*F. S. N.*)

