

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

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

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

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

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Protección de datos personales respecto de registros de morosos.—Un principio fundamental en la regulación del tratamiento automatizado de datos personales es el de calidad de los datos. Los datos deben ser exactos, adecuados, pertinentes y proporcionados a los fines para los que han sido recogidos y tratados (art. 4 LOPD). Este principio tiene una especial trascendencia cuando se trata de los registros de morosos, es decir, los ficheros de datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incum-

plimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.

El artículo 29.4 LOPD establece que únicamente se podrán registrar y ceder los datos que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos. Los artículos 38 y 39 RD 1720/2007, de desarrollo de la LOPD, exigen para la inclusión en los ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, la existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada, y que se haya requerido de pago al deudor, informándole que, en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los demás requisitos, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias. Los datos que se incluyan en estos registros de morosos deben ser ciertos, exactos y, sobre todo, pertinentes, es decir, determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados, entendida como imposibilidad o negativa infundada a pagar la deuda. No cabe incluir en estos registros datos personales por razón de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio. Para que concurra esta circunstancia en la deuda, que excluya la justificación de la inclusión de los datos personales en el registro de morosos, basta con que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza. Si la deuda es objeto de controversia, porque el titular de los datos considera legítimamente que no debe lo que se le reclama, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afectado. Por ello, solo es pertinente la inclusión en estos ficheros de aquellos deudores que no pueden o no quieren, de modo no justificado, pagar sus deudas, pero no aquellos que legítimamente discrepan del acreedor respecto de la existencia y cuantía de la deuda.

Por otro lado, la inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que estiman pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos. Este método de presión representa una intromisión ilegítima en el derecho al honor. **(STS de 23 de marzo de 2018;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—VL firmó un contrato de telefonía con V en abril de 2011. Desde el principio de la relación contractual, se produjeron irregularidades en la facturación emitida por V, que VL comunicó a la operadora, de modo que esto fue emitiendo diversas facturas rectificativas en las que eliminaba los cargos indebidos. VL, no satisfecha con la actuación de V, se dio de baja en el servicio en agosto de 2012. Tras esta baja, V le giró varias facturas, en las que se incluían las cantidades correspondientes a penalizaciones. La demandante solo pagó parte de estas facturas, por no estar conforme con su importe total.

V cedió a SCM un crédito de 297.80 euros, que afirmaba tener frente a VL. SCM remitió a VL en julio de 2013 una carta en la que le comunicaba la cesión del crédito, le reclamaba el pago de la cantidad y le advertía que, si no efectuaba el pago en el plazo de diez días, incluiría sus datos en un registro de morosos. VL solo pagó 97.80 euros por no estar conforme con las penalizaciones que se le

pretendía cobrar. SCM comunicó los datos de la demandante a dos ficheros de datos sobre solvencia patrimonial, por una deuda de 200 euros. Estos ficheros comunicaron estos datos a varias entidades crediticias. En junio de 2015, VL solicitó una tarjeta de crédito en Banco Popular y le fue denegada por estar incluida en un fichero de morosos.

VL interpuso una demanda contra SCM, pues consideró que la inclusión de sus datos en estos registros de morosos no fue lícita y vulneró su derecho al honor, por lo que se solicitó que se condenara a SCM al pago de una indemnización. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda porque entendió que la deuda por la que se incluyeron los datos personales de la demandante en los registros de morosos era dudosa y no pacífica.

La demandada apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso, señalando que, aunque durante la vigencia del contrato hubo discrepancias entre las partes sobre las cantidades facturadas y V hubo de rectificar varias facturas, tras la emisión de las últimas facturas no constan nuevas reclamaciones. El pago parcial hecho por la demandante cuando SCM le comunicó la cesión del crédito y le reclamó el pago, haría presumir la asunción por VL de la corrección de la deuda reclamada. Por tal razón, la Audiencia entendió que concurría el requisito de que la deuda fuera veraz, exacta, vencida y exigible.

La demandante interpuso recurso de casación, alegando: 1) la infracción de los artículos 4 y 29.4 LOPD, y 8.4, 38.1.º y 41.1 RD 1720/2007, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD; 2) no puede calificarse la deuda como veraz cuando ni siquiera se sabe a qué responde, puesto que no se ha aportado al proceso el contrato donde se estipularon las penalizaciones que se cargaron a la demandante, sin que sea suficiente que se recojan en las facturas; 3) la deuda de 200 euros no era significativa de la insolvencia de la demandante porque constaban las serias discrepancias sobre los importes facturados por la operadora prácticamente desde el principio de la relación contractual.

Según el Tribunal Supremo, la inclusión de los datos personales de la demandada en los registros de morosos, cuando se habían producido reiteradas irregularidades en la facturación de sus servicios, que provocaron las protestas de la demandante y la emisión de facturas rectificativas, y, en definitiva, determinaron la disconformidad de la cliente con el servicio prestado y con las facturas emitidas, puede interpretarse como una presión ilegítima para que la demandante pagara una deuda que había cuestionado, sin que existan datos que permitan considerar abusiva o manifiestamente infundada la conducta de la afectada. Por tanto, la inclusión en los registros de morosos no puede constituir una presión ilegítima para que los clientes paguen deudas controvertidas.

La postura del cliente, que no aprovecha la existencia de incorrecciones en la facturación para dejar de pagar cualquier cantidad, sino que paga aquellas partidas que considera correctas y no paga las que razonablemente considera que no lo son, no puede perjudicarlo y ser interpretada como un reconocimiento de la deuda. Por el contrario, constituye un indicio de la seriedad de su postura, puesto que no

ha buscado la excusa de la incorrección de algunas partidas para dejar de pagar por completo los servicios que efectivamente ha utilizado. Por tanto, el pago parcial de las facturas discutidas no constituye un reconocimiento de la veracidad de la deuda.

Finalmente, apunta el Alto Tribunal que no puede servir de excusa a la demandada el hecho de que ella no sea la acreedora originaria y que la cedente le haya asegurado la veracidad del crédito. Si ello fuera así, bastaría una cesión del crédito para que los derechos que para los particulares resultan del principio de calidad de los datos exigido por la normativa de protección de datos de carácter personal resultaran vacíos de contenido. SCM, antes de incluir los datos personales de la demandante en dos registros de morosos, hubo de asegurarse de que se cumplieran los principios de calidad de datos de carácter personal, entre ellos los de veracidad y pertinencia de los datos. Para ello no basta afirmar que la cedente le aseguró la concurrencia de esos requisitos, sino que es necesario que se cerciorara de las incidencias de las relaciones comerciales que dieron lugar a la deuda antes de incluir los datos personales de la demandante en sendos registros de morosos. Al no haberlo hecho, incumplió la normativa de protección de datos de carácter personal, incluyó indebidamente los datos de la demandante en un registro de morosos y, con ello, vulneró su derecho al honor. Las reclamaciones que SCM pueda realizar frente a V con base en sus relaciones internas derivadas de la cesión del crédito constituyen una cuestión ajena a la acción ejercitada por la cliente frente a quien incluyó sus datos en los registros de morosos. Por tanto, es irrelevante que la demandada sea la cesionaria del crédito.

En base a todas estas consideraciones, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación planteado por la demandante.

NOTA.—Sobre la vulneración del derecho al honor como consecuencia de incluir datos personales en registros de morosos, *vid.* las SSTs de 5 de julio de 2004, 24 de abril de 2009, 9 de abril de 2012, 29 de enero y 6 de marzo de 2013, 22 de enero, 29 de enero, 21 de mayo, 4 de junio, 5 de junio, 19 de noviembre, 3 de diciembre y 4 de diciembre de 2014, 18 de febrero, 12 de mayo, 16 de julio, 22 de diciembre de 2015, 1 de marzo de 2016 y 21 de septiembre de 2017. Sobre los principios de prudencia, ponderación y veracidad en relación con los datos objeto de tratamiento, *vid.* SSTs de 29 de enero de 2013, 19 de noviembre de 2014, 22 de diciembre de 2015 y 1 de marzo de 2016. Respecto a la prohibición de que la inclusión en los registros de morosos constituya una forma de presión para que los clientes paguen deudas controvertidas, *vid.* STS de 6 de marzo de 2013. (S. L. M.)

2. Tutela: Autorización judicial para enajenar bienes del menor o incapaz sometido a tutela. Naturaleza jurídica y fundamento. Consecuencia de la falta de autorización judicial. Ponderación de los intereses en juego.—La exigencia legal de autorización judicial contenida en el artículo 271 CC no va acompañada de un régimen jurídico que de manera expresa precise las consecuencias de la enajenación realizada por el tutor sin autorización judicial. La teoría de las nulidades de los contratos se caracteriza en la doctrina y la juris-

prudencia actuales por un análisis funcional de los regímenes de invalidez que tiene en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego. Aplicando este planteamiento al supuesto litigioso procede identificar el fundamento y la naturaleza de la exigencia de autorización y ponderar, de acuerdo con los criterios generales de nuestro Derecho, cuál es el tratamiento más adecuado para alcanzar un equilibrio entre la protección de los intereses de la persona sometida a representación legal y la seguridad jurídica.

Finalidad de la autorización judicial. Garantía de la realización de los intereses de la persona sometida a tutela.—La finalidad de la exigencia de autorización judicial para los actos realizados por el tutor no era, en la tradición jurídica del Código Civil, ni lo es en la actualidad, la de complementar la capacidad de quien no la tiene plenamente reconocida por el ordenamiento. Se dirige, por el contrario, a garantizar que los actos realizados por el tutor y que pueden comprometer de manera importante la entidad del patrimonio del tutelado se realicen en su interés. Se trata de que el juez pueda ponderar la necesidad, la conveniencia o la oportunidad de celebrar actos de trascendencia económica y de que los mismos se celebren en beneficio del tutelado, atendiendo a sus circunstancias personales pero también a criterios objetivos, de lo que con arreglo a un criterio razonable de una persona media puede considerarse útil o no, atendiendo además al momento en el que se realiza el acto.

La infracción del mandato del artículo 271 CC no provoca la nulidad del acto en sí, ni convierte a este en un supuesto de representación sin poder ex artículo 1259 CC.—Tradicionalmente, partiendo de la consideración del artículo 271 CC como norma imperativa, cierta doctrina y cierta jurisprudencia calificaron el acto realizado por el representante sin autorización judicial como nulo, con nulidad radical o absoluta, en aplicación del artículo 6.º CC. Esta solución debe descartarse porque, desde un punto de vista de la naturaleza de la norma, el representante legal que celebra el contrato sin contar con previa autorización no infringe una norma imperativa de las contemplada en el artículo 6.º CC, sino que omite uno de los requisitos para la eficacia representativa de sus actos. Y de otro lado, porque el régimen de la nulidad absoluta no protege adecuadamente el interés del representado, que es precisamente el que trata de tutelar la norma que impone el control judicial, ya que la nulidad radical o absoluta posibilitaría en todo caso y sin límite de tiempo a ambas partes contratantes, así como a cualquier tercero interesado, hacer valer la supuesta nulidad y, además, impediría sanar, convalidar o confirmar actos beneficiosos para el menor o el incapacitado. De otra parte, aunque cierta jurisprudencia ha asimilado la ausencia de autorización judicial a los casos de representación sin poder del artículo 1259 CC, que permitirían la ratificación del acto por el propio menor o incapacitado cuando salgan de la tutela (SSTS de 22 de abril y de 8 de julio de 2010), lo cierto es que tampoco parece una solución procedente, ya que el artículo 1259 CC deja abierta la puerta a la revocación por la otra parte contratante antes de que fuese ratificado, lo que es de todo punto contrario al interés de las personas con la capacidad modificada judicialmente que no puedan recuperar su capacidad y que nunca podrían ratificar por sí el acto celebrado por el tutor.

Aplicación del régimen de la anulabilidad a los actos del representante legal sin autorización judicial.—La aplicación del régimen de la anulabilidad a los actos del representante legal sin autorización judicial conduce a algunas consecuencias más ponderadas en atención a los intereses en juego. De un lado, excluye que el otro contratante revoque el contrato (a salvo las acciones por error o dolo); y de otro, se somete así el ejercicio de la acción de impugna-

ción del contrato al plazo de cuatro años del artículo 1301 CC, de manera coherente con la exigencia constitucional de seguridad jurídica. El resultado práctico que se alcanza mediante la aplicación del régimen de la anulabilidad posibilita que, desde la perspectiva de la teoría del título y el modo, el acto sin previa autorización judicial sea considerado vinculante y obligatorio para las partes, pero ineficaz como título idóneo para la transmisión del dominio. La ratificación posterior transformará en válido el acto a efectos de la transmisión del dominio. **(STS de 10 de enero de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Doña C., como tutora de su hermano don I., suscribió con la mercantil I. C., S. L., en 2006, un contrato de permuta de solar por obra futura mediante el cual la primera transmitía a la promotora una quinta parte indivisa de la propiedad de dos fincas pertenecientes al tutelado, a cambio de unos pisos que la empresa le entregaría una vez se edificase sobre una parcela de la que formaban parte dichos terrenos. El contrato se documentó en escritura pública, advirtiéndose el Notario actuante que no se exhibía la preceptiva autorización judicial, mostrándose todas las partes conformes y comprometiéndose la tutora a obtener dicha aprobación judicial a la mayor brevedad. La adquirente inscribió en el Registro de la Propiedad su nueva titularidad, pero en el año 2013 fue declarada en concurso de acreedores. Un año después, doña C. interpuso una demanda solicitando la declaración de nulidad de la permuta llevada a cabo, así como la de las sucesivas inscripciones registrales a que había dado lugar, con base en que nunca se obtuvo la autorización judicial que prescribe el artículo 271 CC. Se opusieron a la demanda tanto el administrador concursal como los promotores del concurso necesario, aduciendo la caducidad de la acción por haber transcurrido más de cuatro años desde la celebración del negocio, así como por haberse dado la autorización judicial para una de las fincas. El Juzgado acogió la demanda y declaró la nulidad de la escritura de permuta y de las inscripciones registrales subsiguientes. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de los demandados al considerar que, pese a que solo hubo autorización para la permuta de una sola finca, lo cierto era que ambas formaban una unidad en la estructura económica del contrato, ya que eran fincas contiguas y no se concebía la permuta si no era respecto de las dos, de manera que debía entenderse que se había concedido una autorización implícita para permutar los dos terrenos. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la parte demandante.

NOTA.—Esta sentencia del Pleno viene a establecer, aparentemente de manera definitiva, el criterio jurisprudencial a seguir en los casos en que los negocios dispositivos sobre bienes de personas sometidas a representación legal son llevados a cabo sin la preceptiva autorización judicial ordenada en el artículo 271 CC. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencial no han sido uniformes a la hora de dar una respuesta a las situaciones en las que las transmisiones de bienes de menores o personas incapacitadas se realizaban sin que mediara la oportuna autorización. En tales casos, una corriente bastante consolidada a lo largo del pasado siglo estimó que procedía declarar la nulidad, total o absoluta, del negocio efec-

tuado; que impediría, por otra parte, cualquier posibilidad de convalidación del acto por una autorización judicial obtenida a posteriori [sobre la necesidad de que esta autorización se diese con anterioridad a la celebración del acto, v. GUILARTE ZAPATERO, V. “De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales”, AC, 1992-3, p. 470; LLAMAS POMBO, E. *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trivium, Madrid, 1993, p. 119; TENA PIAZUELO, I. “Comentarios al artículo 271 del Código Civil”, en “*Código Civil comentado*”, t. I (dir. P. de Pablo y R. Valpuesta), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 1238; GARCÍA CANTERO, G. “El nuevo régimen jurídico de la tutela”, AAMN, t. XXVI, 1959, pp. 437 y 495, califica la práctica de obtener la autorización judicial con posterioridad a la celebración del negocio de auténtica corruptela]. Se concebía la nulidad y, por ende, la inexistencia de efectos derivados del acto como la consecuencia natural de la ausencia de un requisito esencial o, cuando menos, de la infracción de normas imperativas o prohibitivas [cfr., entre otros, GIL RODRÍGUEZ, J. “Comentarios al artículo 271 del Código Civil”, en *Comentario al Código Civil* (dir. C. Paz-Arez y P. Salvador), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 798; GARCÍA CANTERO, ob. cit, p. 495; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 260], aun cuando se admitiera que, en ocasiones, no obstante la existencia del vicio de nulidad, era posible una convalidación o ratificación [así, AMORÓS GUARDIOLA, M. “Comentarios al artículo 271 del Código Civil”, en *Comentarios a las reformas sobre nacionalidad y tutela*, (dir M. Amorós. R. Bercovitz y F. Badosa), Tecnos, Madrid, 1986. p. 543. También apuntó esta posibilidad don F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, ed. facs., Civitas, Madrid, 1985, p. 485, refiriéndose al antiguo artículo 269 CC, a pesar de calificar el negocio como nulo por inexistente, o. c., p. 472]. El Tribunal Supremo también sostuvo la idea de la nulidad radical en numerosas decisiones (así, STS de 25 de junio de 1959, STS de 28 de mayo de 1965, STS de 14 de marzo de 1983, STS de 17 de febrero de 1995 ó STS de 21 de enero de 2000).

Por su parte, se fue abriendo una corriente según la cual el expediente más adecuado para evaluar los efectos del acto realizado sin autorización judicial era el de la anulabilidad, ya que no se estaría en presencia de un acto realmente nulo pues no carece del elemento esencial del consentimiento, sino que tan solo faltaría la medida complementaria de protección que representa la autorización judicial [BERROCAL LANZAROT, I. “*Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010*”, AD, 9, 2012, p. 112], por lo que el acto no sería nulo de pleno derecho sino tan solo anulable; y permitiría su confirmación o convalidación a través de la obtención de una autorización judicial *ex post* [cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2006; RAMS ALBESA, J. “Comentario al artículo 166 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, t. II, v. 2 (coord. J. Rams y R. M. Moreno),

Bosch, Barcelona, 2000, p. 1522; y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. *Incapacitación y mandato*, Wolters-Kluwer, Madrid, 2008, pp. 146 y ss.]. Esta postura también tuvo reflejo en la doctrina jurisprudencial (así, la STS 30 de marzo de 1987, STS de 9 de mayo de 1994, STS de 23 de diciembre de 1997 ó STS de 3 de marzo de 2006).

En ocasiones, lo que se propuso y sostuvo fue equiparar el acto celebrado sin autorización judicial al contrato realizado por un representante excediendo los límites de su representación o, en otras palabras, más allá de los límites de su legitimación *ex* artículo 1259 CC [cfr. LEGERÉN MOLINA, A. Régimen jurídico de los actos realizados por un tutor sin la preceptiva autorización judicial. Comparativa del modelo español e italiano, *ADC*, t. LXVII-4, 2014, p. 1349]. Se trataría entonces, no de un acto nulo o anulable, sino de un acto incompleto para cuya eficacia necesitará de esa ratificación que representa la posterior autorización judicial, o la convalidación por el propio interesado una vez que salga de la tutela o representación legal. Pero, de no producirse dicha subsanación habrá que entender que el acto es inexistente. En este sentido, RUBIO TORRANO, E. “Ineficacia de los actos realizados por el representante legal sin autorización judicial”, *Aranzadi Civil*, 5, 2010, p. 13]. Esta tesis fue la acogida en las SSTS de 22 de abril y de 8 de junio de 2010, cuya doctrina quiso poner fin a la disparidad de criterios hasta entonces reinante en la materia. Sin embargo, la sentencia ahora anotada trae a colación estas decisiones para cambiar el criterio jurisprudencial sentado en ella, en el sentido de resaltar los –a su juicio– “inconvenientes” que esta postura presenta, como son la posibilidad de revocación del negocio por la otra parte contratante antes de su ratificación y la imposibilidad, de aplicarse el artículo 1259 CC, de que la acción de los menores y pupilos quede sometida a plazo. Frente a ello, esta nueva decisión del Pleno del Tribunal Supremo opta por encauzar las situaciones descritas a través del instituto de la anulabilidad, en la creencia de que a través de esta figura se obtienen las mismas ventajas que si se aplicara el artículo 1259 CC y se evitan los inconvenientes señalados. (*L. A. G. D.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

3. *Dies a quo* a partir del cual comienza a correr el plazo de la acción de nulidad por error vicio en el consentimiento en un contrato de swap.—El Pleno de la Sala 1.^a establece como doctrina que, en un contrato de swap y a efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación del contrato se debe entender producida en el momento de la extinción del contrato (art. 1301 IV CC). Se considera que, en esta clase de contratos, el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento. Por este motivo –y siempre a juicio de la Sala– no hay consumación alguna hasta que no se produce la extinción de la relación obligatoria, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento íntegro de las prestaciones por ambas partes.

En este sentido, la Sala indica que la anterior doctrina de que, en relaciones contractuales complejas, la consumación del contrato –a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo– no pueda quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo (STS núm. 769/2014, de 12 de enero) se dirige a evitar que dicha consumación quede fijada antes de que el cliente pueda tener conocimiento de la existencia del error o el dolo. Y añade que, de tal doctrina no resulta posible inferir que el plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato, por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, pues ello –entiende– vulneraría la literalidad del artículo 1301 IV CC. **(STS de 19 de febrero de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.–El 17 de diciembre de 2002, la constructora C suscribió con Banco de Santander Central Hispano S. A. (en adelante, «BSCH») un préstamo con garantía hipotecaria por un importe de 1.297.609,68 euros, para financiar la adquisición de un solar. El 25 de octubre de 2005 las mismas partes suscriben un contrato marco de operaciones financieras. Al amparo de este contrato, las partes suscribieron, ese mismo día, una confirmación de permuta financiera denominada «*swap bonificado escalonado con barrera Knock-in in arrears*», con fecha de inicio 27 de octubre de 2005 y vencimiento el 27 de octubre de 2008, por un importe nominal de 3.000.000,00 euros.

El 29 de marzo de 2006 las partes suscriben una nueva confirmación de permuta financiera denominada «*swap bonificado escalonado con barrera Knock-in in arrears*», por la que cancelan la anterior; y lo suscriben por el mismo nominal de 3.000.000,00 euros. Sin embargo, retrotraen los efectos del contrato al 25 de octubre de 2005 y declaran que la cancelación de la anterior confirmación se entiende producida desde esa misma fecha.

Desde octubre de 2005 hasta octubre de 2006, C tuvo en las liquidaciones del swap un saldo negativo de 36.314,60 euros. La constructora reclamó extrajudicialmente esa cantidad al banco y este le propuso un tercer swap. Así, se canceló el segundo swap y el banco devolvió a C el saldo negativo de 36.314,60 euros.

Durante la vigencia de este tercer swap, C obtuvo los dos primeros años un saldo neto a su favor. El tercer año, tras cuatro liquidaciones positivas, C obtiene una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2009 y el saldo anual es desfavorable para C en 82.405,42 euros. El cuarto año, tras cuatro liquidaciones positivas para C, obtiene una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2009; y el saldo anual es desfavorable para C en 82.405,42 euros. El quinto año, tras cuatro liquidaciones positivas para C, obtiene una primera liquidación negativa girada el 22 de noviembre de 2010; y el saldo anual es desfavorable al cliente en 136.058,33 euros. Finalmente, el sexto año, tras cuatro liquidaciones positivas para C, obtiene una primera liquidación negativa girada el 21 de noviembre de 2011; y el saldo anual termina igualmente siendo desfavorable a C en 104.874,00 euros.

El 30 de enero de 2014 C interpuso contra BSCH demanda de nulidad del contrato «marco de operaciones financieras» de fecha 25 de octubre de 2005 y de las operaciones de confirmación de las permutas financieras de tipo de interés de 25 de octubre de 2005, 29 de marzo de 2006 y 10 de noviembre de 2006, así como de todas las obligaciones derivadas de ellas. En la fundamentación de su demanda, C alegó error vicio en el consentimiento, por el incumplimiento de BSCH de los deberes de información sobre los riesgos que comportaban los contratos.

BSCH se opuso a la demanda, alegando caducidad de la acción y negando el incumplimiento de los deberes de información que le incumbían.

La sentencia del Juzgado estimó la demanda, declaró la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y de las confirmaciones de las permutas financieras de tipo de interés con la consecuente restitución de las prestaciones realizadas por las partes contratantes. Sin embargo, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, al considerar caducados dos de los contratos de swap suscritos, pero estimando el error en los no caducados.

Frente a esta resolución, BSCH interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

4. Prohibición de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes. Determinación del plazo de la obligación de entrega.—El artículo 1261 CC, en relación con los artículos 1271, 1272 y 1273 CC, exige que el objeto del contrato se encuentre determinado o que se hayan previsto los criterios que permitan su concreción sin necesidad de un nuevo convenio. Esta idea se ve reforzada por el principio de conservación de los contratos que no solo se configura como un criterio interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS de 15 de enero de 2013).

El Tribunal Supremo mantiene la doctrina jurisprudencial expuesta en las sentencias de 12 de julio y 15 de julio de 2013 y 29 de mayo de 2014 respecto de la interpretación del contrato de conformidad con el principio de buena fe al valorar si se incurre en la prohibición de dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato (art. 1256 CC). De conformidad con esta doctrina, no puede entenderse que el contrato deja al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de la prestación cuando la parte que lo alega tenía la posibilidad de realizar el cumplimiento desde su propia esfera de actuación. (STS de 14 de febrero de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El 10 de febrero de 2006, Urbiespar S. L. y Disbromant S. L. celebraron un contrato de compraventa de una parcela. Se acordó que la vendedora (Urbiespar S. L.) debería efectuar la entrega de la parcela en los dos meses siguientes a la finalización de las obras de urbanización, debiendo contar la parcela con todos los servicios. Aunque no se fijó un plazo para la finalización de las obras, se facultó a la entidad compradora para solicitar la entrega y el otorgamiento de la escritura pública antes de la conclusión de las mismas, siempre que previamente hubiese abonado la totalidad del precio. En cumplimiento del contrato, la

compradora, Disbromant S. L., entregó anticipadamente el importe correspondiente al 40% del precio.

Transcurridos cuatro años desde la celebración del contrato, la vendedora requiere a Disbromant S. L. para que abone la totalidad del precio y reciba la finca, pese a estar aún sin urbanizar y no contar con los servicios acordados. Disbromant S. L. se niega a recibir la parcela e interpone demanda de juicio ordinario contra Urbiespar S. L. solicitando que se declare resuelto el contrato y se condene a la vendedora a restituir las cantidades abonadas anticipadamente. La demandada se opone y formula reconvencción, solicitando que se declare el incumplimiento contractual de Disbromant S. L. y se condene al cumplimiento con abono de los daños y perjuicios en la cuantía contractualmente prevista.

En primera instancia se desestima la demanda de Disbromant S. L. y se estiman íntegramente las pretensiones de Urbiespar S. L. El Juzgado declara la obligación de la compradora, Disbromant S. L., de dar cumplimiento al contrato mediante el pago del precio pendiente y la recepción del inmueble. Condena también a la compradora a indemnizar por los daños derivados del incumplimiento, de conformidad con lo establecido en el contrato, y al pago de los intereses procesales devengados.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por Disbromant S. L., revoca la sentencia del Juzgado y declara resuelto el contrato de compraventa. Se condena a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, con los intereses legales.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, anula la sentencia de la Audiencia y confirma la de la instancia. Señala que la compradora solo insta la resolución cuando la vendedora le ofrece el cumplimiento, lo que resulta contrario al principio de buena fe. Por un lado, razona el Tribunal Supremo, el artículo 1124 CC no ampara el ejercicio abusivo de la facultad resolutoria. Por otro lado, el Tribunal Supremo entiende que, si bien existieron una serie de deficiencias que podrían justificar que la compradora rechazase la entrega, se trata de defectos que no constituyen un incumplimiento esencial.

NOTA.—La sentencia se dicta con el voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, quien considera que el recurso debió haberse desestimado, confirmándose la sentencia de la Audiencia. El contrato litigioso está integrado por condiciones generales de la contratación y, por tanto, constituye una modalidad de contratación diferenciada de la naturaleza y régimen del contrato por negociación. Por ello, no puede tratarse el contenido como si reflejase un equilibrio de intereses fruto de la negociación previa al contrato. Cuando la ambigüedad sobre la entrega de la cosa no responde al interés de ambas partes o de la parte compradora, la oscuridad no puede beneficiar al predisponente que la ha provocado.

El Magistrado señala que no puede entenderse correctamente determinada la fecha en que el predisponente debe cumplir con su prestación cuando se hace depender de circunstancias que quedan a su arbitrio o que dependen de la diligencia que el propio predisponente observe. Además, la previsión contenida en el contrato, mediante la que se permite al comprador exigir la entrega de la

parcela pagando la totalidad del precio, no permite entender despejadas las dudas sobre el momento en que el predisponente debe cumplir la obligación de entrega. Se trata de una cláusula mediante la que se condiciona la reclamación de la entrega al pago de la totalidad del precio y a la aceptación de la parcela aun sin urbanizar; esto es, a abonar íntegramente el precio pese a que el bien objeto de la compraventa no se le entregue en condiciones de servir al uso para el que iba a ser destinado.

A su juicio, la vendedora faltó a la buena fe al redactar de forma ambigua las condiciones generales del contrato, dejando a su propio arbitrio el cumplimiento de la obligación de entrega, y al prever que si la compradora quería que le fuera entregada la finca debía aceptarla sin urbanizar y sin suministros, pero pagando la totalidad del precio. Asimismo, falta a la buena fe la vendedora cuando requiere a la compradora para que firme la escritura y abone el precio cuatro años después de la celebración del contrato, sin que la finca se encontrase urbanizada. En consecuencia, considera plenamente justificado el ejercicio de la facultad resolutoria por la compradora. (V. N. C.)

5. Cláusula penal y contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda. Admisibilidad de la cláusula penal con función punitiva en los contratos entre empresarios.—Como recuerdan las sentencias 530/2016, de 13 de septiembre, 44/2017, de 25 de enero y 126/2017, de 24 de febrero, salvo en condiciones generales de la contratación entre empresarios y consumidores (art. 85.6 LGDCU), nuestro Derecho permite las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva: no solo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados. Se permiten incluso en el artículo 1152.ICC («si otra cosa no se hubiere pactado») las penas que no sustituyen, sino que se acumulan a la indemnización de daños y perjuicios (por todas, sentencia 197/2016, de 30 de marzo).

La constitución de la cláusula penal con función punitiva entre empresarios solo está sujeta a los límites generales de la autonomía privada.—En el caso se trata de un contrato entre dos empresarios, por lo que la nulidad de la cláusula solo podría basarse en su contradicción con los límites que impone a la autonomía de la voluntad el artículo 1255 CC, pero ni se ha acreditado ni ha sido objeto de debate que el contrato se celebrara en condiciones de abuso de poder del arrendador, ni que la pena fijada en caso de que incumpliera el arrendatario fuera injustificadamente desproporcionada para el objetivo de disuadir su incumplimiento.

Límites a la facultad moderadora del artículo 1154 CC.—Es doctrina constante de esta sala la de que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento no procede aplicar la moderación del artículo 1154 CC, en el entendimiento de que este precepto solo admite la rebaja cuando se haya pactado la cláusula penal para el incumplimiento total y el deudor haya cumplido parcialmente (sentencia 536/2017, de 2 de octubre, con cita de otras anteriores, como las sentencias 384/2009, de 1 de junio, y 708/2014, de 4 de diciembre, entre otras).

No cabe la moderación de la cláusula penal con función punitiva bajo el argumento de que no ha habido daños indemnizables.—La cuan-

tía de la pena fijada no equivalía a la indemnización por el posible lucro cesante como consecuencia de la resolución. La cláusula penal pactada por las partes, tal y como con claridad resulta de su tenor literal, era una pena que no excluía que se reclamaran los daños que se produjeran por el incumplimiento. La pena, en definitiva, no se dirigía a liquidar de manera anticipada los daños que pudieran causar los incumplimientos a que se refería y era exigible una vez que se produjera el incumplimiento para el que se pactó, con independencia de la acreditación de esos daños. Era improcedente, por tanto, su moderación, que la sentencia recurrida aplica hasta el punto de eliminar su aplicación por entender que no ha habido daños indemnizables, reforzando así su argumento de la nulidad. (**STS de 14 de febrero de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La cuestión a resolver se circunscribe a la exigencia de pago de una pena pactada en un contrato de arrendamiento de inmuebles para la explotación del negocio cuando, tras el incumplimiento del arrendatario, el arrendador celebra un nuevo contrato de arrendamiento con un tercero. Las partes contractuales, dos empresarios, habían celebrado un contrato de arrendamiento en el que se había estipulado una cláusula en la que se establecía que, en caso de resolución del contrato por parte de la arrendataria, esta estaría obligada a pagar, en concepto de cláusula penal, una cantidad equivalente a un porcentaje de la renta de los meses que quedaban para el vencimiento del contrato. Resuelto el contrato por desahucio por falta de pago, el arrendador reclama el pago de la pena convenida. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda. El Tribunal Supremo lo estima el recurso de casación. (*C. O. M.*)

6. Prelación y preferencia de créditos. Liquidez de la deuda derivada de la póliza de crédito.—El Tribunal Supremo se ha referido a la póliza de crédito, o contrato de apertura de crédito, como una forma evolucionada de la póliza de préstamo, basada en el concepto económico de saldo fluctuante y caracterizada por la disponibilidad del crédito durante el periodo de tiempo pactado.

En el caso de la póliza de préstamo, por la propia naturaleza del negocio, no hay dudas sobre la liquidez de la cantidad exigible, que se concreta en el momento mismo de otorgamiento del contrato. En cambio, en la póliza de crédito la cuantía de la deuda no está determinada en el momento de la suscripción, sino que fluctúa y depende del uso que efectivamente se haga del crédito. Por ello, para conocer la cuantía de la deuda, por lo general, es necesario esperar a la liquidación al cierre de la cuenta, pues es entonces cuando la deuda es líquida y puede determinarse su preferencia.

El Tribunal Supremo declara que para fijar la prelación crediticia cuando el crédito no está determinado, la fecha relevante es aquella en la que se fija de forma fehaciente el saldo del deudor. De conformidad con lo anterior, el Tribunal Supremo señala que ante una póliza de crédito que permite una única disposición, sin posibilidad de realizar otras posteriores, y en la que se ha previsto la cancelación automática del crédito no consumido, es correcto situar la fecha de liquidez de la deuda en el momento en que efectúa ese

único acto de disposición. (STS de 23 de marzo de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El 20 de noviembre de 2007 se suscribió una póliza de crédito mercantil entre Inmobiliaria Lasho S. A. y la Caja de Ahorros de Galicia (posteriormente, NGC Banco S. A.) por un importe máximo de 35 millones de euros, destinado exclusivamente a la ampliación de capital social de Bami Newco mediante la adquisición de acciones a través de Sapa S. A. Se acordó que la cuantía de la financiación quedaría determinada por una sola disposición, que en ningún caso podía exceder del importe máximo acordado y que debía realizarse antes del 30 de noviembre del 2007, quedando automáticamente cancelado el importe no dispuesto. Se pactó una duración de un año, prorrogable por 6 meses más y siendo fiadores don Segundo y Sapa S. A.

En 2008 las partes suscriben ante Notario una cláusula adicional a la póliza de crédito en la que hacen constar que la cuenta de pagos presentaba a favor de la Caja un saldo de 31.684.207,13 euros, sin perjuicio de intereses, comisiones y gastos devengados. Posteriormente se pactan sucesivas novaciones de la póliza por las que se prorroga anualmente el vencimiento del crédito.

Producido el incumplimiento, NCG Banco S. A. formuló demanda, en virtud de la cual se despachó ejecución, en febrero de 2013, por la cantidad de 18.284.994,43 euros de principal, contra Inmobiliaria Lasho S. A., Inmopark 92 Alicante S. L., don Segundo y Sapa S. L. Consta la existencia de dos contratos de préstamo concertados por Caixabank S. A. con don Segundo y Sapa S. L. en mayo de 2010 y febrero de 2011.

NGC Banco S. A. interpone demanda de juicio verbal por la que solicita que se declare el mejor derecho que ostenta sobre Caisabank S. A. respecto de los bienes embargados a don Segundo y Sapa S. A., y, en consecuencia, se ordene el pago de la deuda con el importe obtenido en las subastas de bienes de los deudores.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y reconoce el mejor derecho de la demandada respecto del crédito de la actora. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, revoca la sentencia impugnada y estima la demanda. Señala que el saldo exigible quedó determinado el 21 de noviembre de 2007, fecha en que se realizó la única disposición posible de dinero y quedó cancelada la cantidad no consumida del crédito. En consecuencia, reconoce el mejor derecho de NGC Banco S. A. sobre los bienes embargados y ordena el pago de 18.284.994,43 euros y sus intereses con el importe que se obtenga de en la subasta de dichos bienes. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por Caixabank S. A. y confirma la sentencia de la Audiencia. (V. N. C.)

7. Inclusión del IVA como parte integrante del precio de la obra.— La Sala 1.^a declara que, si las partes acordaron que al precio final de la obra debía añadirse el importe correspondiente al IVA, dicho acuerdo civil prevalece, frente a cualquier otra incidencia de carácter administrativo o tribu-

tario, como la prueba de la liquidación del impuesto, la posible prescripción del mismo o la caducidad de la repercusión del IVA en la vía tributaria-administrativa.

Ratificación del reconocimiento de deuda celebrado a nombre de una sociedad cooperativa.—La intervención del representado en un reconocimiento de deuda se erige como presupuesto ineludible. Que la ratificación (art. 1259 CC) se pueda realizar de manera flexible —bien de forma expresa, bien de forma tácita— no permite considerar su existencia, cuando existe una clara y patente disconformidad del poderdante con el contenido y alcance de un reconocimiento de deuda. Así, un reconocimiento de deuda respecto de la liquidación final de una obra, llevado a cabo por dos de los tres apoderados mancomunados de una sociedad cooperativa, al que posteriormente prestó su conformidad en sede judicial el otro apoderado, no vincula a la entidad conforme al segundo párrafo del artículo 1259 CC.

En efecto, carece de eficacia contra el poderdante un reconocimiento de deuda firmado, en nombre de una cooperativa, por dos de los tres apoderados mancomunados, cuando estos además fueron después reprobados y cesados como miembros de la junta rectora de la cooperativa. (**STS de 26 de enero de 2018**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La sociedad cooperativa C, mediante escritura pública de 13 de junio de 1992, otorgó poder mancomunado a favor de don Carmelo, don Samuel y doña Mariola. El 30 de julio de 1996, don Carmelo y don Samuel, firmaron el reconocimiento de deuda a favor de la entidad Construcciones W, aceptando la liquidación final de la obra realizada que les presentó la citada empresa. En ese momento, los firmantes, junto con doña Mariola, formaban parte del consejo rector de la cooperativa. Doña Mariola no pudo estar presente en el momento de suscripción del documento, por problemas familiares, pero tuvo pleno conocimiento de su realización y contenido, por lo que lo ratificó con posterioridad de un modo expreso, pero no formalmente.

El 22 de agosto de 1996, en la Asamblea General de la cooperativa, convocada a petición de los socios, fueron cesados de sus cargos los apoderados mancomunados.

Construcciones W presentó demanda en reclamación de la cantidad de 542.739,11 euros contra C y sus socios. Dicha demanda se basó en que, con fecha de 30 de julio de 1996, la demandante suscribió con la representación legal de la citada cooperativa un documento por medio del cual se practicaba la liquidación final de la obra, 50 viviendas que la constructora había llevado a cabo en la unidad de actuación urbanística.

En los escritos de contestación y oposición a la demanda, se cuestionó la validez del reconocimiento de deuda, pues se trataba de un documento privado sin valor frente a terceros y quienes lo suscribieron en nombre de la cooperativa carecían de representación (i) al llevarse a cabo sin el conocimiento de los cooperativistas; y (ii) sin facultades para ello, dado que el poder se otorgó de forma mancomunada y tan solo fue suscrito por dos de los tres apoderados.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y condenó al pago de la cantidad de 179.304,57 euros de forma man-

comunada a los socios cooperativistas, y con responsabilidad solidaria a la cooperativa.

En apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia recurrida en su integridad. (A. I. R. A.)

8. Dación en pago. Concepto.—La dación en pago supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que este consiente recibir, con carácter solutorio, *un aliud pro alio* (una cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria. Se trata de un negocio complejo, pues participa de las características del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa: concepto.—El perjuicio para la masa activa del concurso, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa: naturaleza.—El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la *par condicio creditorum*, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa: dación en pago.—En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum*. Si bien la concurrencia del perjuicio debe juzgarse de acuerdo con las circunstancias concurrentes al tiempo de ser realizados los actos de disposición objeto de rescisión (las daciones de pago), el perjuicio se funda en la alteración de la *par condicio creditorum*. (STS de 6 de marzo de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El Abogado del Estado, en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, interpuso demanda de rescisión ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Ourense, contra la entidad O. C. y A., S. A. (en concurso) y la mer-

cantil I. S. S., S. L., solicitando rescindir la escritura de cesión en paso de deuda suscrita por la concursada y la mercantil, declarando su ineficacia jurídica, de tal manera que tal mercantil ostente dentro de la masa pasiva del concurso un crédito concursal ordinario contra O. C. A, S. A, y se reintegre simultáneamente al patrimonio y masa activa del presente concurso las 3 plazas de garaje objeto de la cesión en pago de deuda documentada en la escritura pública referida, Igualmente que se declare la inclusión, como consecuencia de la rescisión acordada, del crédito de la mercantil I. S. S., S. L, como crédito ordinario y la inclusión, como consecuencia de la rescisión acordada, dentro de la masa activa del presente concurso e inventariadas dentro del mismo, de las 3 plazas de garaje. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense dictó sentencia en la que desestimó íntegramente la demanda interpuesta por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria con imposición de costas a Agencia Estatal de la Administración Tributaria así como a la Tesorería General de la Seguridad Social. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ourense, estimó el recurso de apelación interpuesto acordando rescindir la escritura de cesión en pago de deudas otorgada por la concursada O. C. A., S. A. y la demandada I. S. S. S. L., entidad esto que habrá que figurar en la masa pasiva del concurso con un crédito ordinario, debiendo reintegrar a la masa activa los derechos cedidos relativos a las plazas de garaje objeto de la cesión. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

9. Compraventa de vivienda para uso residencial. Ingreso en cuenta especial y constitución de aval. Responsabilidad de la entidad de crédito.—El Tribunal Supremo reitera lo expuesto en la sentencia de 29 de junio de 2016 para señalar que la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, no admite que recaigan sobre el comprador las consecuencias del incumplimiento por el promotor o la entidad bancaria de sus respectivas obligaciones. La jurisprudencia ha sido constante al señalar el carácter tuitivo de la citada ley y, desde la sentencia de 21 de diciembre de 2015, ha quedado fijada la doctrina relativa a la responsabilidad de las entidades que admitan ingresos de los compradores de vivienda en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial.

Como se declaró en la sentencia de 23 de noviembre de 2017, la razón de esta doctrina es que las entidades depositarias de los anticipos no tienen la condición de terceros ajenos a la relación entre los compradores y el promotor-vendedor. La responsabilidad legal del banco se funda en el deber de control sobre los ingresos en cuentas del promotor para exigirle la apertura de la preceptiva cuenta especial, debidamente garantizada, si advierte que las cantidades pueden estar percibiéndose por la compra de viviendas.

Compraventa de vivienda para uso residencial. Responsabilidad de la entidad de crédito que hubiese conocido que las cantidades se ingresaban como anticipo del precio de viviendas en construcción.—Para que la entidad bancaria deba responder por las cantidades abonadas por los compradores, es presupuesto necesario que conociese, o hubiese debido conocer, que los ingre-

sos efectuados en la cuenta de la promotora lo eran en concepto de adelanto del precio para la compra de vivienda en construcción. En este sentido, la sentencia 29 de junio de 2016 declaró que no responde la entidad que no hubiese tenido posibilidad de conocimiento y control de dichos ingresos. Se ha entendido que no hubo conocimiento ni posibilidad de conocer cuando los pagos no se realizaron ni en la cuenta especial ni otra cuenta que la promotora tuviese abierta en la entidad bancaria (STS de 14 de septiembre de 2017).

Interpretación de la DA 1.ª b) de la Ley 38/1999: «cantidades entregadas en efectivo».—Las «cantidades entregadas en efectivo» a las que se aludía en la DA 1.ª b) de la Ley 38/1999, en su redacción originaria, son las percibidas por el promotor a través de una entidad bancaria o caja de ahorros, ya sea mediante transferencia o por ingreso directo. En este sentido, la sentencia de Pleno de 25 de noviembre de 2014 declaró que la DA 1.ª b) de la Ley 38/1999 no puede entenderse referida a cualesquiera pagos en efectivo, sino que complementa a la Ley 57/1968 en la que únicamente se mencionan las entregas de dinero. **(STS de 28 de febrero de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En agosto de 2007, don Jesús Manuel y doña Irene celebraron con la entidad Promociones Torres y Perles S. L. un contrato de compraventa de vivienda en construcción bajo el régimen de la Ley 57/1968. Se pactó el pago de cantidades anticipadas, reconociéndose a los compradores el derecho a resolver el contrato y recuperar el importe anticipado con los intereses legales en caso de no entregarse la obra en el plazo pactado. Las cantidades se abonaron anticipadamente, pero se produjeron retrasos en la entrega del inmueble que dieron lugar a sucesivas novaciones del contrato, por las que se acordaron prórrogas a cambio de rebajas en el precio.

Tras incumplirse la cuarta prórroga, en junio de 2010, la obra seguía sin terminar. El certificado final de obra se expidió un mes después, pero la vivienda aún carecía de cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación. El acta notarial de terminación de obra fue otorgada en octubre de 2010, momento en el que los compradores aceptaron instalarse en la vivienda con la promesa de la pronta escrituración del inmueble, lo que nunca llegó a producirse. Al no poder contratar los suministros necesarios, los compradores debieron valerse de luz y agua de obra, pero, como seguían interesados en adquirir la vivienda, en noviembre encargaron su tasación, considerándose en el informe que la obra se hallaba terminada.

En julio de 2013, los adquirentes requirieron a La Caixa para que emitiera aval por las cantidades entregadas, a lo que la entidad se negó alegando que la obra estaba terminada. Asimismo, se requirió a la promotora-vendedora para resolver el contrato. Tras ello, don Jesús Manuel y doña Irene interponen demanda contra las entidades Promociones Torres y Perles S. L. y La Caixa, solicitando que se declare resuelto el contrato y se condene solidariamente a las codemandadas a la restitución de las cantidades anticipadas. Respecto de la entidad bancaria, los demandantes alegan que la falta de constitución y expedición de las preceptivas garantías constituye un incumplimiento de la obligación impuesta por la Ley 57/1968, que la hace solidariamente responsable.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, declara resuelto el contrato de compraventa y condena a las demandadas de forma solidaria a restituir los 126.944 euros pagados en concepto del precio, así como los intereses legales.

Caixabank interpone recurso de apelación aduciendo que la solitud del aval se produjo cuando las obras habían concluido y los compradores habían ocupado la vivienda. Argumenta la entidad bancaria que no cabe exigir la constitución del aval una vez finalizada la construcción. La Audiencia estima el recurso, revoca la sentencia de la instancia y desestima la demanda planteada contra Caixabank, manteniéndose el resto del fallo de la resolución recurrida.

Aunque el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los actores y confirma la sentencia de la Audiencia, son distintas las razones que le llevan a confirmar la absolución de la entidad bancaria. El Tribunal Supremo no considera probado que La Caixa tuviese conocimiento de que los compradores realizaron pagos adelantados con motivo de la adquisición de vivienda en construcción, pues no consta documentalmente que las cantidades se ingresaran en la cuenta que el promotor tenía abierta en la sucursal de La Caixa. (V. N. C.)

10. Aplicación de la Ley 57/1968 a adquirentes de viviendas con finalidad inversora y pactos privados.—La Sala 1.^a reproduce su doctrina que niega la protección dispensada por la Ley 57/1968 a los compradores de viviendas con una finalidad inversora, ya sea el comprador profesional o no profesional (STS núm. 420/2016). En relación con la existencia de finalidad inversora, la Sala declara que se excluye de la aplicación de la Ley 57/1968 un supuesto donde la compradora se dedica a la promoción inmobiliaria, se compra un número elevado de apartamentos de la misma promoción y se abonan una serie de cantidades sin justificación contractual que solo pueden responder a un pacto privado entre promotora y compradora.

Un pacto estrictamente privado entre la promotora vendedora de las viviendas y una sociedad del sector inmobiliario actuando como compradora por el que se acuerde entre ambas la aplicación de la Ley 57/1968 no puede vincular a una entidad financiera que tiene concertada con la promotora-vendedora una póliza colectiva de aval para la promoción de que se trate. La Sala 1.^a considera que la efectividad de las pólizas colectivas se basa en la protección que la Ley 57/1968 otorga a los consumidores incluidos en su ámbito, no a los profesionales del sector inmobiliario ni a los particulares que compren para invertir; de otra forma no se comprendería el tenor del artículo 7 Ley 57/1968 que reputa irrenunciables los derechos de los compradores. (STS de 21 de marzo de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El 24 de febrero de 2006 la sociedad HDR —dedicada a la promoción Inmobiliaria; administración de fincas; promociones urbanísticas; comercialización al mayor y menor de productos y artículos de alimentación— suscribió, como compradora, un contrato privado de compraventa con la entidad promotora P. El objeto del contrato lo constituían siete viviendas («apartamentos turísticos») en construcción, siete plazas de aparcamiento y siete

taquillas «guarda esquis» de la referida promoción. Según el contrato, HDR se obligaba a satisfacer una serie de cantidades a cuenta del precio pactado.

Igualmente, en el contrato se acordó que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 57/1968 P se obligaba a entregar a HDR «póliza de aseguramiento o aval bancario» en garantía de las cantidades «abonadas y pendientes de abonar hasta la entrega de llaves», las cuales debían ingresarse en una cuenta de P en el banco B, con separación de cualesquiera otros fondos de la promotora.

Anteriormente, el 6 de junio de 2005 el banco B, constituyó aval colectivo en favor de S.

HDR resolvió el contrato de compraventa de las viviendas porque no fueron entregadas en plazo. Asimismo, con fecha 1 de febrero de 2010 remitió burofax a B requiriéndole para que hiciera entrega de póliza o aval bancario en garantía de las cantidades entregadas (490.928 euros) con sus intereses, las cuales decía encontrarse depositadas. La entidad financiera contestó mediante escrito de 22 de febrero de 2010 (doc. 5 de la demanda) negándose a la entrega de las referidas garantías, porque los certificados de aval se entregaban a solicitud del promotor, en este caso, P.

Tras un litigio donde se discutió la resolución del contrato de compraventa, el 8 de abril de 2013 HDR interpuso demanda contra B en reclamación de las cantidades entregadas a la promotora (490.928,08 euros en total), más intereses legales desde la fecha de cada respectivo pago y costas. B se opuso a la demanda alegando, sobre todo, la inaplicación al caso de la Ley 57/1968, por no tratarse de viviendas que fueran a destinarse a domicilio o residencia.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, con condena en costas de la demandante. La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación de la demandante únicamente para no imponerle las costas de la primera instancia, confirmando la sentencia apelada en todo lo demás.

Ante ello, HDR interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, oponiéndose a ellos B. (A. I. R. A.)

11. Ley de Ordenación de la Edificación. Régimen de responsabilidad solidaria: La reclamación formulada contra la promotora y la cooperativa de viviendas no interrumpe el plazo prescriptivo de la acción contra los arquitectos técnicos si estos no fueron objeto de tal reclamación.—En los daños comprendidos en la LOE, cuando no se pueda individualizar la causa de los mismos, o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que se pueda precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la exigencia de la responsabilidad solidaria que se derive, aunque de naturaleza legal, no puede identificarse, plenamente, con el vínculo obligacional solidario que regula el Código Civil, en los términos del artículo 1137, por tratarse de una responsabilidad que viene determinada por la sentencia judicial que la declara. De forma que la reclamación al promotor, por ella sola, no interrumpe el plazo de prescripción respecto de los demás intervinientes. Ahora bien, el promotor responde solidariamente con todos ellos *en todo caso* (art. 17.3. LOE) aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los

daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS de Pleno 761/2014, de 16 de enero de 2015 y 765/2014, de 20 de mayo de 2015). (STS de 15 de febrero de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios de un edificio demandó por defectos en la construcción a la constructora, al arquitecto y a los dos arquitectos técnicos de la obra. Quedó acreditado que no se individualizó la causa de los daños materiales con relación a la actividad de los arquitectos técnicos, resultando probada la concurrencia de culpas de los restantes agentes de la edificación. Tampoco se dirigió reclamación alguna contra los arquitectos técnicos previa a la interposición de la demanda. El juzgado estimó en parte la demanda y condenó a los demandados a la ejecución a su costa de las obras de reparación necesarias para eliminar los defectos observados, y consideró que la reclamación previa dirigida contra la promotora y la entidad Cooperativa de las Viviendas, interrumpió el plazo de prescripción frente a todos los agentes que habían intervenido en el proceso constructivo. Los arquitectos técnicos interpusieron recurso de apelación alegando, entre otros extremos, la excepción de prescripción fundada en el artículo 18 LOE al no haberseles formulado reclamación alguna desde que la demandante tuvo conocimiento pleno de los defectos (año 2009) hasta la presentación de la demanda (marzo de 2012), habiendo transcurrido más de cinco años desde el certificado final de la obra. La audiencia desestimó el recurso y el Tribunal Supremo da lugar a la casación.

NOTA.—A partir de la STS de 14 de marzo de 2003, que provocó la reunión de la Junta General de los Magistrados de la Sala 1.^a, esta Sala ha aplicado la siguiente doctrina: si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada *solidaridad impropia*, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y solo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes. En el mismo sentido, se han pronunciado posteriormente las SSTS de 6 de junio de 2006; 28 de mayo, 9 y 19 de octubre de 2007; 29 de noviembre de 2010 y 18 de julio de 2011, entre otras. Un sector de la doctrina ha considerado equivocado este criterio mantenido por el Tribunal Supremo, véase ALBALADEJO M., *La prescripción extintiva* (Madrid 2004) pp. 266 a 285 y BERCOVITZ R., en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por el mismo autor (Cizur Menor-Navarra, 2009) p. 2157. (I. D.-L.)

12. Responsabilidad por defectos constructivos: Exclusión del subcontratista de la responsabilidad regulada en la LOE, y limitación de su responsabilidad contractual a la exigida por el constructor. Concesión exclusiva de la acción ex LOE a los propietarios y terceros adquirentes del edificio.—En virtud del principio de relatividad de los contratos (artículo 1257 CC), la responsabilidad contractual del subcontratista solo resulta exigible por la constructora con la que mantiene vínculo de tal clase, y no por la entidad concesionaria de la obra, aún cuando esto y la constructora compartan accionariado y consejero delegado, dado que poseen dos personalidades jurí-

dicas diferentes. El subcontratista no se encuentra legitimado para soportar el ejercicio de acciones reguladas en la LOE aunque su artículo 8 defina a los agentes de la edificación como aquellos que intervienen en el proceso constructivo (y es obvio que el subcontratista lo hace), porque son los artículos siguientes los que concretan quiénes son los agentes, y no lo mencionan. No es óbice a tal exclusión su cita en los artículos 17.6, párrafo segundo, y 11.2, apartado e), porque se realiza especialmente para determinar la responsabilidad del constructor por los defectos ocasionados por el subcontratista. Tampoco resulta necesaria su inclusión desde el punto de vista de protección de los propietarios del edificio, dada la legitimación del promotor, constructor y otros agentes responsables. En cualquier caso, no se le exime de su posible responsabilidad por defectos constructivos con base en incumplimientos contractuales conforme al régimen del Código Civil. La legitimación activa para el ejercicio de acciones reguladas en la LOE se limita a los propietarios del edificio y terceros adquirentes (artículo 17.1) sin que merezca tal consideración un concesionario al que el Estado no ha cedido facultades dominicales sobre la edificación. Las acciones derivadas de un contrato de obra suscrito entre una UTE y una subcontratista pueden ser ejercidas por las sociedades integrantes de la primera, dado que la UTE carece de personalidad jurídica (artículo 7 de Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre el Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas), y tales integrantes gozan de un interés legítimo en la posible responsabilidad contractual (art. 7.4 LEC). **(STS de 14 de marzo de 2018; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La autoridad portuaria de Gijón adjudicó a una entidad la construcción de un centro de talasoterapia y le concedió su explotación durante 29 años, sin cesión de facultades dominicales. Esta concesionaria adjudicó la realización de las obras a una UTE (integrada por tres sociedades) con la que compartía accionariado y dirección. A su vez, la UTE subcontrató la ejecución de instalación térmica del centro de talasoterapia. Finalizadas las obras, la concesionaria así como las sociedades integrantes de la UTE demandan a la subcontratista y al proyectista y director de la obra subcontratada una indemnización por defectos constructivos, con base en la responsabilidad contractual y la LOE. Los demandados se opusieron a la demanda, y en primera instancia se estimó parcialmente al negarse al subcontratista su condición de agente de la edificación y condenársele con fundamento en incumplimiento contractual frente a la concesionaria por el consentimiento que esto había prestado a la subcontratación realizada. Se absolvió al proyectista y director de obra al no aplicárseles a los actores la LOE ni tampoco mediar contrato. Interpuestos sendos recursos de apelación por demandantes y la subcontratista, la Audiencia Provincial desestima el primero y acoge el segundo al rechazar la legitimación de los actores para el ejercicio de acciones *ex* LOE por no ser propietarios o adquirentes del edificio; negar que la subcontratista sea agente de la edificación, así como la existencia de ligamen contractual alguno entre ella y los actores. Los demandantes interponen recurso de casación articulado en seis motivos. En el primero se alega infracción del artículo 1257 CC y del principio de relatividad de los contratos que permitiría a la concesionaria, en tanto titular de

la obra hasta su transmisión a la autoridad portuaria, reclamar a la subcontratista por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. El motivo segundo alega infracción de los artículos 8 y 17.1 LOE, e iba dirigido a defender la legitimación pasiva del subcontratista porque se le debía considerar como un constructor en la parte de la obra que ejecuta, y el artículo 17 LOE declara la responsabilidad de todos los intervinientes en el proceso de la edificación sin remitir a los concretos agentes de la edificación que se regulan específicamente en la LOE, entre los que no se halla aquel. Los motivos tercero, cuarto y quinto se fundamentaban, respectivamente, en la vulneración de los artículos 8, 10 y 17.1, 12 y 13, y 17.1, todos de la LOE, para obtener la condena del proyectista y director de la obra frente a la entidad concesionaria que argumentaba ser propietaria de la obra con carácter temporal y su consecuente legitimación activa. El último motivo alegaba infracción del artículo 1544 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta para fundamentar la existencia de un incumplimiento contractual de la subcontratista. El Alto Tribunal apreció la legitimación de las tres sociedades integrantes de la UTE que suscribió el contrato con la subcontratista, y anuló parcialmente la sentencia recurrida a fin de que la Audiencia Provincial resolviese sobre el fondo de tal responsabilidad en el que no había entrado.

NOTA.—El artículo 17.1 LOE consagra una jurisprudencia que desde antiguo reconoció al adquirente del edificio legitimación activa para ejercer la acción por responsabilidad decenal (*vid.* STS de 5 de mayo de 1961). Sin embargo, en la sentencia extractada apreciamos una limitación a la literalidad del artículo 17.1 LOE que contrasta con la STS de 27 de diciembre de 2013 que otorgó legitimación al arrendatario financiero de un solar, promotor de la construcción, quien, por tanto, carecía de facultades dominicales como la concesionaria que nos ocupa.

La legitimación pasiva del subcontratista ha suscitado bastante debate. Un nutrido grupo de autores sostiene que se encuentran legitimados todos los agentes de la edificación, con fundamento en la fórmula general del artículo 17.1 LOE, que habla de «las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación» (*vid.* CADARSO PALAU, J., *El sistema de responsabilidad civil en la construcción*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del art. 1591 CC y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la LOE*, dir. por A. Merino Gutiérrez, Madrid, 2008, pp. 50-51; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., Y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Madrid, 2008, p. 433, y ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las Responsabilidades en la construcción: Régimenes jurídicos y jurisprudencia*, Navarra, 2011, pp. 707-708). Esta opinión contrasta con el régimen del artículo 1591 CC, bajo el que la generalidad de autores negaba legitimación al subcontratista, sobre todo por apreciar una responsabilidad contractual y la consecuente relatividad de igual clase [(cfr. CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 224-226; LUCAS FERNÁNDEZ, F., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo García,

XX-2, Madrid, 1986, p. 348; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación”, *ADC* 2 (2000-2), p. 459, y O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Contrato de obra”. Responsabilidad por ruina, *Act. Civil* 27 (1988), p. 1668], y el Alto Tribunal solo la otorgaba cuando no se demandaba conjuntamente al contratista quien respondía de aquel conforme al artículo 1596 CC (cfr. SSTs de 21 de marzo de 1988, 29 de diciembre de 1993, 22 de marzo de 1986 y 23 de diciembre de 1999). Sin embargo, otros autores, al igual que la sentencia comentada, sostienen una legitimación pasiva restringida con fundamento en que el subcontratista no figura en los artículos 8 y ss. LOE, y en la responsabilidad del constructor por lo ejecutado por aquel (artículo 17.6 LOE) [vid. DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos y civiles)*, Granada, 2010, p. 528; SALINERO ROMÁN, F., “La incidencia de la LOE en los criterios jurisprudenciales interpretativos del art. 1591 del Código Civil”, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, Madrid, 2004, p. 192, y SEIJAS QUINTANA, J. A. y SACRISTÁN REPRESA, G., “Responsabilidad civil. Construcción y proceso”, en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, coord. por J. A. Seijas Quintana, Madrid, 2007, pp. 201 y 203]. No consideramos obstáculo a la legitimación del subcontratista la responsabilidad por hecho ajeno del constructor (artículo 17.6 LOE), porque el primero, causante del daño, puede además ser el único solvente si no lo son todos los agentes de la edificación situados en primer plano (vid. SANTANA NAVARRO, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2018, pp. 179-182). (F. S. N.)

13. Contrato atípico. Alquiler de cajas de seguridad. Naturaleza jurídica: combinación de prestaciones del arrendamiento y del depósito.—Analogía con el depósito cerrado y sellado.—La naturaleza jurídica del contrato bancario denominado de alquiler de cajas de seguridad no es la del depósito en su variedad de depósito cerrado, sino la de un contrato atípico, surgido de la conjunción de prestaciones del arriendo de cosas y de depósito, en el que la finalidad pretendida por el cliente no es el mero goce de la cosa arrendada, sino el de la custodia y seguridad de lo que se guarda en la caja, que se consigue de una forma indirecta, a través del cumplimiento por el banco de una prestación consistente en la vigilancia de la misma y de su integridad a cambio de una remuneración. La entidad bancaria no asume la custodia del contenido, sino del daño que la ruptura, sustracción o pérdida de la caja pueda ocasionar al cliente. Es claro que la situación más análoga a la descrita es la determinada por la existencia de un depósito cerrado y sellado, contemplada en el artículo 1769 del Código Civil. El contrato litigioso, en suma, tiene una causa mixta. En el que examinamos, existe un deber de vigilancia y conservación de lo que se entrega por el cliente, a cargo del Banco, a través de la caja que la entidad bancaria pone a su disposición, que no es propio de las obligaciones del arrendador. El incumplimiento imputable al Banco de su prestación es evidente que desencadena la obligación de reparar el daño si desaparece el contenido de la caja total o parcialmente. No hay inconveniente en aplicar a la

situación creada las normas del depósito, en este caso del cerrado, por su analogía clara. Ciertamente que no existe depósito de cosas porque al Banco no se le entregan las mismas para su depósito, pero ha de conservar y custodiarla caja que usa y entrega el cliente, lo mismo en que, por imperativo del artículo 1769 CC, ha de conservar el depositario el sobre cerrado y sellado en que se contienen las cosas, no estas mismas. Su custodia y conservación se efectúa, tanto en un caso, como en otro, de una forma indirecta, a través de la de la caja de seguridad o del sobre cerrado y sellado (SSTS de 27 de enero de 1994 y de 4 de noviembre de 2001).

Indemnización de los daños ocasionados por la sustracción del contenido depositado en una caja de seguridad.—El carácter secreto de esta modalidad de depósito incide en la determinación de los daños indemnizables, pues otorga preferencia a la declaración del depositante, salvo prueba en contrario (art. 1769, pfo. 3.º CC); ya que, en principio, solo el depositante conoce el valor de las cosas objeto de depósito. Esta presunción no queda desvirtuada por el hecho de que la entidad de crédito se reserve la facultad de comprobación del contenido de la caja, a los solos efectos de su licitud con arreglo a la normativa aplicable. Por tanto, acreditada inicialmente por el depositante la realidad y origen de los objetos depositados, sin prueba en contra de la demandada, procede acoger la pretensión deducida. (STS de 26 de febrero de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La actora concertó con el banco P. el arrendamiento de una caja de seguridad en 2007. Tiempo después se produjo un robo en la entidad resultando afectada dicha caja con desaparición del contenido guardado en la misma. Los autores apenas tuvieron que emplear fuerza para acceder a la cámara acorazada y a las diferentes cajas que se encontraban en la misma, utilizando una llave y una tarjeta codificada que estaban en el local. La arrendadora interpuso demanda solicitando la condena al pago de la cantidad correspondiente al valor de los efectos depositados en la caja, más los intereses legales. También pidió la declaración de nulidad de la cláusula contractual por la que la entidad bancaria quedaba exonerada de responsabilidad en caso de robo y situaciones análogas. El Juzgado desestimó la demanda al considerar que la actora no estaba legitimada por cuanto parte de los efectos no eran propiedad de la reclamante sino de terceras personas. No obstante, declaró la nulidad de la cláusula de exoneración de responsabilidad. La Audiencia Provincial de Mérida estimó el recurso de apelación de la demandante, al considerar que la arrendadora había incumplido de manera flagrante sus obligaciones contractuales, así como que había quedado acreditado el origen de los bienes depositados en la susodicha caja. No obstante, respecto del fondo del asunto, entendió que no era aplicable por analogía la presunción de culpa establecida en el artículo 1769 CC respecto del depósito cerrado y sellado, y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación planteado por la actora.

NOTA.—Con esta sentencia se consolida una incipiente jurisprudencia, de la que es una muestra destacada la STS de 4 de noviembre de 2008, aunque no citada en esta otra ahora anotada, y de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Ya se afirmó en ella el carácter atípico de este tipo de contratos, en consonancia con una buena parte de la doctrina [cfr. ÁLVAREZ RUBIO, J. “El contrato de cajas de seguridad”, en *Contratación Bancaria*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 271 y ss.; QUIJOS MOLINA, S. “Contrato de cajas de seguridad”, en *Tratado de Contratos* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 2983 y ss; VICENT CHULIÁ, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, v. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 1501], y la preponderancia del especial deber de custodia de los efectos depositados a través de la cuidadosa vigilancia de la caja misma [sobre esta obligación y su carácter especializado, v. ARREGUI, N. I. “Responsabilidad bancaria por robo del contenido de una caja de seguridad: supuestos en que responde el banco y «quantum» indemnizatorio”, RDBB, núm. 127, 2012, p. 253 y ss]. No aborda la sentencia anotada, probablemente porque no fue objeto del pleito, alguna otra cuestión de indudable importancia en esta suerte de litigios, como lo es si puede ser objeto de depósito en cajas de seguridad, precisamente, el dinero de curso legal. En el caso en cuestión se afirma la existencia de diversas sumas formando parte del contenido robado, e incluso se indemniza su pérdida una vez acreditada la extracción de tales cantidades de otras cuentas bancarias y su incorporación a la caja de seguridad. Sin embargo, se ha cuestionado en diversas ocasiones si el efectivo dinerario puede formar parte del objeto de estos especiales contratos. En sentido negativo, aunque *obiter dicta*, se pronunció la STS de 29 de octubre de 2004 al considerar que la práctica habitual hace tener por no depositable el dinero en este tipo de cajas. Por el contrario, en la doctrina es común aceptar que puede válidamente ser objeto de estos depósitos especiales [así, GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J. *Contratos bancarios* (2.^a ed.), S. Moll, Madrid, 1975, p. 456; VARA DE PAZ, N. “Las cajas de seguridad”, en *Contratos bancarios*, (dir. R. García Villaverde), Civitas, Madrid, 1992, p. 687, FERNÁNDEZ MERINO, J. “Las cajas de seguridad”, en *Contratos bancarios y parabancarios* (dir. U. Nieto Carol), Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 1067; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I. “Cajas de seguridad bancarias ¿puede introducirse dinero de curso legal?”, RDBB, núm. 98, 2005, págs. 227 y ss.; MARTÍNEZ ROSADO, J. “El servicio de alquiler de cajas de seguridad”, en *La contratación bancaria* (dir. A. Gadea y A. J. Sequeira), Dykinson, Madrid, 2007, p. 1404]. Esta cuestión pone sobre la mesa la validez o no de las cláusulas contractuales, a menudo predispuestas, que excluyan el dinero como objeto de depósito en una caja de seguridad y si, a través del empleo de este tipo de condiciones, en realidad se esté camuflando una exención de responsabilidad, en contra de lo querido por el propio artículo 1769 CC. (*L. A. G. D.*)

14. Contrato de mediación deportiva.—El contrato de representación y mediación deportiva se ha definido como un contrato atípico, sinálgámico y oneroso mediante el que el agente, además de negociar en nombre de su representado, puede realizar diversas funciones, tanto en la contratación profesional como en compraventas sobre su imagen o dere-

chos, incluyendo el asesoramiento y la promoción frente a empresas con el objetivo de alcanzar los mejores resultados en interés de su representado. Se ha señalado que a menudo el agente se convierte en un asesor con funciones de difícil encaje bajo una misma figura, pudiendo asemejarse a la figura del *agent* anglosajón, encargado de diferentes funciones relativas a la promoción de la contratación. El contrato de intermediación se configura, en definitiva, como un arrendamiento de servicios que puede estar conectado con un contrato de mandato.

Se ha destacado también el carácter principal del contrato de mediación, que tiene sustantividad propia, pues, si bien se orienta a lograr la celebración de otro contrato, tienen autonomía en su respectivo ámbito de eficacia jurídica (STS de 21 de enero de 2015).

Contrato de mediación deportiva. Interpretación.—Hay que estar al propósito negocial buscado por las partes, para lo que debe atenderse a la autoría negocial como criterio de interpretación (STS de 21 de enero de 2015). Asimismo, los reglamentos de la FIFA, traspuestos a los estatutos de la Real Federación Española de Fútbol, pese a ser normas de naturaleza privada, sirven de referencia para la interpretación de los contratos que entran en su ámbito objetivo de aplicación.

Interés de demora. Procedencia y *dies a quo*. Criterios de razonabilidad en la oposición.—Desde el Acuerdo de 20 de diciembre de 2005, el Tribunal Supremo tiene declarado que debe prescindirse del alcance de la regla *in illiquidis non fit mora*, y determinarse la procedencia del interés de demora y el *dies a quo* en atención a las concretas circunstancias del caso. En particular, deben valorarse la razonabilidad y fundamento de la reclamación, las razones de la oposición y la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago. Mediante la aplicación de esta doctrina, contenida también en las sentencias de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007 y de 12 de mayo de 2015, se busca dar una mejor respuesta la naturaleza de la obligación y lograr un justo equilibrio de los intereses en juego. (STS de 5 de febrero de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El 20 de junio de 2009, don Juan Manuel, jugador profesional de fútbol, suscribió con U1ST SPORT S. A. un contrato de representación exclusiva por el que la mercantil se comprometió a realizar en representación de don Juan Manuel las gestiones y negociaciones precisas para la suscripción de contratos vinculados con su actividad profesional, así como los contratos comerciales y publicitarios relacionados con su imagen y su nombre. El jugador, por su parte, se comprometió a utilizar de forma obligatoria y en exclusiva los servicios del representante durante los dos años de vigencia del contrato. Se pactó que la contraprestación que recibiría U1ST SPORT S. A. correspondería al 10% del importe bruto de los contratos deportivos suscritos por el jugador durante la vigencia del contrato y el 20% de los contratos comerciales.

Durante la vigencia del contrato de mediación deportiva don Juan Manuel negoció su fichaje por el Manchester United sin informar a su agente y, una vez finalizado el contrato de mediación, suscribió el contrato laboral con el club inglés.

U1ST SPORT S. A. interpone demanda de juicio ordinario contra don Juan Manuel, a quien reclama una indemnización

de 1.891.015,21 euros en concepto de daños y perjuicios, equivalente al 10% del importe del contrato suscrito con el Manchester United. Subsidiariamente, solicita la indemnización del lucro cesante por importe de 1.127.233 euros.

El Juzgado de Primera Instancia señala que el pacto de exclusividad no prohíbe solo la contratación de otro agente, sino también que sea el propio jugador quien negocie por sí mismo. Por tanto, la negociación de don Juan Manuel con el Manchester al margen de su representante constituye un incumplimiento contractual y, aunque la fecha en que el demandado suscribió el contrato laboral es posterior a la extinción del contrato de mediación deportiva, debe indemnizarse a la actora con una cantidad equivalente a la retribución pactada. Se estima parcialmente la demanda y se condena al demandado a abonar una indemnización equivalente al 10% del importe bruto del contrato celebrado con el Manchester (1.361.228,16 euros), así como al pago de los intereses de demora desde la presentación de la demanda (69.474'30 euros).

Don Juan Manuel interpone recurso de apelación que es estimado parcialmente. La Audiencia Provincial aprecia también la existencia de incumplimiento contractual, pero considera que la indemnización concedida en la instancia es desproporcionada y fija en 162.666,50 euros la cantidad a satisfacer por don Juan Manuel. A juicio de la Audiencia, no puede calcularse la indemnización en atención a la retribución acordada porque U1ST SPORT S. A. no intervino en las negociaciones ni se prueba que hubiese podido alcanzar un acuerdo semejante.

Por otra parte, en el momento de presentarse la demanda, el contrato con el Manchester solo había alcanzado el primer año. Por tanto, de haberse suscrito estando vigente el contrato de mediación, la retribución vencida y exigible por el agente se calcularía sobre las cantidades percibidas por el jugador durante ese primer año. Afirma la Audiencia que la indemnización por daños derivados del incumplimiento no puede ser mayor a la cantidad que habría percibido de no haber existido incumplimiento, por lo que en ningún caso sería correcto fijar la indemnización tomando como referencia la totalidad de las temporadas.

La Audiencia entiende que el daño consiste en la pérdida de oportunidad de haber suscrito otros contratos o renovado el que existía con el Atlético de Madrid. Condena a indemnizar con 100.000 euros, equivalentes al 10% de la cantidad que hubiera percibido en caso de haberse renovado el contrato del jugador con el Atlético de Madrid, y 62.666,50 euros en concepto de daños por las cantidades desembolsadas como consecuencia directa del contrato. Estas cantidades no devengan IVA ni intereses de demora.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por U1ST SPORT S. A. y confirma la sentencia de la Audiencia. Con carácter previo al análisis de los motivos de casación, el Tribunal Supremo constata la existencia de una asimetría negocial que se refleja en la remuneración pactada, cuya legalidad no se cuestiona, pero que resulta muy superior a la reglamentariamente prevista en ausencia de pacto, que es del 3%.

El TS niega que la actora tenga derecho a percibir la retribución del 10% del importe bruto del contrato deportivo suscrito entre el jugador y el club inglés porque se perfeccionó cuando ya había finalizado el contrato de mediación deportiva. Aunque, ciertamente, había acuerdo previo en los términos del contrato, el Tribunal Supremo afirma que el agente no tenía ninguna posibilidad de celebrar por su cuenta ese contrato porque la opción de compra concedida por el Atlético de Madrid fue ejercida por el Manchester fuera del ámbito temporal del contrato de mediación, coincidiendo con el periodo álgido de fichajes, pues los traspasos de jugadores se celebran generalmente al finalizar la temporada y antes del comienzo de la siguiente.

En cualquier caso, las negociaciones realizadas sin informar al representante suponen un incumplimiento contractual del que deriva el deber de indemnizar los daños. Se confirma la cuantía fijada por la Audiencia y se indica que no cabe reprochar al jugador la inexistencia de una cláusula penal para ese tipo de incumplimientos. (V. N. C.)

15. Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico.—El ámbito objetivo de esta ley era la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, tal como planteaba su artículo 1. Se contemplaba también que el contrato en virtud del cual se constituyera o transmitiera cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la ley, sería nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos (art. 1.7). Por tanto, del tenor de la ley debía entenderse que la misma regulaba no solo los derechos de aprovechamiento por turno *stricto sensu*, sino también los similares, es decir, cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año. La propia ley establecía la nulidad de pleno derecho para aquellas fórmulas que en los casos referidos se constituyeran al margen de la ley, con el fin de evitar el fraude legal.

Condición del consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.—El artículo 1.5 de la Ley 42/1998 se limitaba a delimitar el concepto de transmitente, pero no definía al adquirente. Por el contrario, el artículo 2 de la Directiva 94/47/CE sí contenía una definición de adquirente que se acercaba al concepto de consumidor. Se entendía por «adquirente» a toda persona física que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato. Por su parte, el concepto de «consumidor» del TRLGDCU procede de las definiciones contenidas en las directivas cuyas leyes de transposición se refunden en esta norma y también en algunas otras directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del TRLGDCU.

En todas ellas se hace referencia a una persona física que actúa al margen de una actividad comercial o profesional.

El ánimo de lucro y la condición de consumidor del adquirente de un derecho de aprovechamiento que lo revende.—Partiendo del concepto anterior de «consumidor», el Tribunal Supremo se plantea si cabe encuadrar en él a quien adquiere de un derecho de aprovechamiento por turno para después revenderlo. El Alto Tribunal concluye que sí por varias razones: 1) la jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de «consumidor»; 2) el artículo 3 TRLGDCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente; 3) ese precepto, tras la reforma por la Ley 3/2014, distingue entre el consumidor persona física y el consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos.

No obstante, con el fin de evitar abusos y situaciones injustas, el Tribunal Supremo considera que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor actúa con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (ej.: comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles). De realizar varias de estas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1 CCo.

Cantidades a devolver.—El artículo 1.7 Ley 42/1998 establecía que, en caso de nulidad de pleno derecho, serían devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. Se trataba con ello de dejar indemne al contratante de buena fe que resultaba sorprendido por el contenido de un contrato —normalmente de adhesión— que no cumplía con las prescripciones legales. Sin embargo, a esas cantidades había que restar la equivalente al tiempo de disfrute de los inmuebles por parte de los adquirentes. (**STS de 23 de marzo de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Los demandantes, a través de varios contratos, adquirieron un certificado de licencia de vacaciones, por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por períodos vacacionales en unos complejos, previo pago del precio, con posibilidad de revender el derecho adquirido. Los demandantes presentaron demanda contra SV Resort, alegando: 1) la infracción del artículo 1.7 y 9 de la Ley 42/1998, por falta de identificación del objeto; 2) la infracción del artículo 3 de dicha norma, por no indicarse el momento de finalización de los contratos —dicho precepto establecía un límite temporal imperativo para los contratos de este tipo, por lo que, al no indicarse el tiempo de finalización, debían entenderse como de duración indefinida, vulnerándose así la Ley—; 3) su condición de consumidores, pues existe jurisprudencia que concede esta cualidad a los pequeños inversores que, en el ámbito de una actividad privada, tratan de obtener un rendimiento económico con ocasión de la adquisición de un producto; 4) la aplicación de la Ley 42/1998, pues la mera nominación del producto como paquete vacacional o afiliación a un club no puede llevar a

descartar la norma, cuando se está encubriendo con ello un contrato de aprovechamiento por turno. Solicitaban que se declarara la nulidad o subsidiaria resolución de los contratos suscritos, con la obligación de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de los referidos contratos más los intereses devengados desde la interposición de la demanda.

El Juez de Primera Instancia declaró la nulidad absoluta de los contratos suscritos, con la obligación de restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, debiendo devolver la demandada a los actores las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, más intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda y debiendo los actores abonar a la demandada el precio o valor de las semanas de aprovechamiento disfrutadas, recuperando esto la titularidad de las semanas y de la membresía del club transmitidas.

La demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. Esto entendió que los actores no eran destinatarios finales de los derechos adquiridos, por lo que no eran consumidores. En consecuencia, no cabía aplicarles la Ley 42/1998 y, derivado de esto, no podía decretarse la nulidad con base en la misma, que en este caso se regía por las normas generales del Código Civil.

Los demandantes interpusieron recurso de casación, insistiendo en las alegaciones formuladas en primera instancia, que fue estimado por el Tribunal Supremo. Este comienza afirmando que, dada la fecha de firma de los contratos, la norma aplicable es la Ley 42/1998. Concluye que los contratos no han respetado la norma señalada porque: a) no se recoge el contenido mínimo que aparece en su artículo 9; b) se exigen anticipos, que el contrato denomina «depósito»; c) no se determina su duración. Más que de incumplimiento parcial de la ley, estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma. De ahí que el Alto Tribunal declare la nulidad radical de los contratos, conforme al artículo 1.7, puesto que se ha pretendido la formalización de unos contratos al margen de la ley. Por otro lado, apunta el Tribunal Supremo que, si bien es cierto que la Ley 42/1998 no regulaba expresamente los contratos de producto vacacional, ello no significa que quedasen al margen de la regulación del fenómeno, pues tal norma regulaba también las figuras similares al aprovechamiento por turno. Los contratos litigiosos entran dentro de su ámbito de aplicación. En cuanto a la condición de consumidor de los demandantes, no consta que realizaran habitualmente la reventa de sus derechos de aprovechamiento. En consecuencia, la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de estos no excluye su condición de consumidores. Respecto a las cantidades a devolver, el Tribunal Supremo estima parcialmente esta pretensión. El objetivo del artículo 1.7 de la Ley 42/1998 es dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato que no cumple con las prescripciones legales. Sin embargo, en el presente caso los demandantes han podido disfrutar durante algunos años de los alojamientos que el contrato les ofrecía, por lo que el reintegro de las cantidades satisfechas no ha de

ser total, sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia, teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años. No procede la condena a la devolución de los gastos de mantenimiento, dado que los demandantes tuvieron a su disposición los referidos inmuebles para usarlos. De ahí que el Alto Tribunal acabe estimando en parte el recurso de casación.

NOTA.—Sobre la condición de consumidor del adquirente a los efectos de la legislación sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico, *vid.* las SSTs de 16 de enero, 15 de febrero, 22 de febrero, 9 de junio, 13 de julio, 17 de julio, 19 de julio, 13 de septiembre, 22 de septiembre, 27 de septiembre, 11 de octubre, 15 de noviembre, 20 de noviembre, 21 de noviembre, 23 de noviembre, 27 de noviembre, 15 de diciembre y 19 de diciembre de 2017, 23 de enero, 24 de enero, 30 de enero, 1 de marzo, 6 de marzo y 7 de marzo de 2018. (S. L. M.)

16. Consumidores y usuarios. Condiciones generales de la contratación. Abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios: reglas de distribución de estos según el Tribunal Supremo.—1.

La cláusula que atribuye el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario, indiscriminadamente y sin distinción, es nula por abusiva. 2. En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas: a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario; b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario; c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite; y d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad *Actos Jurídicos Documentados* que grava los documentos notariales. (STS de 15 de marzo de 2018; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 13 de junio de 2000, doña Amparo y el Banco Herrero suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 72.121,45 euros, con la finalidad de financiar la adquisición de una vivienda. En el contrato, en lo que aquí interesa, se incluyeron las siguientes cláusulas: tercera (redondeo del tipo de interés variable); cuarta (comisiones. Reclamación de posiciones deudoras vencidas); quinta (gastos a cargo del prestatario); y sexta (intereses de demora). En particular, la cláusula quinta es del siguiente tenor: *Gastos a cargo del prestatario: La parte deudora*

asume el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, de todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que este documento tenga acceso al citado Registro y de los causados por las cartas de pago parcial o total del préstamo y por la cancelación de la hipoteca, así como de cuantos se ocasionen para exigir el cumplimiento de lo pactado o para la defensa por parte de Banco Herrero, de su crédito, comprendidos los de la interposición y la oposición a tercerías, incluidos los honorarios de Letrado y derechos de Procurador aunque su intervención no fuere preceptiva, la deudora asume la totalidad de los gastos de gestión y tramitación necesarios para la inscripción de la hipoteca. La prestataria demandó al Banco mencionado, solicitando la nulidad de las cláusulas reseñadas y que se condenara a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación, con sus intereses legales. El juzgado estimó la demanda, salvo en lo relativo a la cláusula quinta (gastos). La demandante recurrió en apelación y la audiencia acogió en parte el recurso al declarar nula la condición general quinta del contrato de préstamo litigioso, con la excepción de las estipulaciones relativas a los tributos, y condenó a la entidad financiera a devolver a la demandante 699,80 euros. El Tribunal Supremo da lugar en parte al recurso de casación de la actora al establecer la nulidad de la cláusula en litigio por abusiva y las reglas de pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

NOTA.—Las recientes SSTS del Pleno 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero, ante la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios por su atribución indiscriminada al consumidor, establecen lo siguiente: 1.º La Comisión de apertura, corre a cargo del deudor, al no ser ajena al precio del préstamo, al igual que el interés remuneratorio, pues son partidas de dicho precio, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo. Al formar parte del precio del contrato, la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que se considera superado en el caso concreto. Es común que el consumidor conozca su existencia y que la entidad financiera lo publicite e informe, siendo pagadera al principio. 2.º El pago de las escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo hipotecario será por mitad, pero la escritura de cancelación de la hipoteca corresponderá al prestatario. Las copias de estas escrituras serán de cuenta de quien las solicite. 3.º Los gastos del Registro de la Propiedad derivados de la inscripción de la garantía hipotecaria los soportará el prestamista, pero los de cancelación los asumirá el prestatario. 4.º Los gastos de gestión se abonarán por mitad. 5.º Por último, en cuanto al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, para operaciones previas

al Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo. El Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, modifica el sujeto pasivo, que pasa a ser el prestamista. Pero ello solo es aplicable a las operaciones escrituradas desde el 10 de noviembre de 2018, sin que el RD-Ley contenga regulación retroactiva alguna. (*I. D. -L.*)

17. Subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario suscrito por el promotor y obligación de información de la entidad financiera.—La Sala 1.^a confirma su doctrina relativa a la subrogación del consumidor comprador en el préstamo previamente concedido al promotor vendedor de la vivienda grabada con garantía hipotecaria (*vid.* STS núm. 643/2017, de 24 de noviembre). En particular, reitera que esta subrogación 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 asume al subrogarse, como prestatario, en el préstamo hipotecario. En este sentido, la Sala 1.^a alude a la habitualidad con que se producen este tipo de subrogaciones en el mercado, con eventual modificación de alguna de sus condiciones; y que, de eximirse a la entidad de la obligación de suministrar, de nuevo, información al consumidor, se conculcarían la eficacia de la Directiva 93/13/CEE. Lo contrario, insiste la Sala 1.^a, equivaldría a convertir la obligación del predisponente de informar en una obligación del adherente de procurarse tal información. (**STS de 24 de enero de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El 8 de enero de 2009, don Carlos Antonio suscribió una escritura de compra de una vivienda a la Empresa Municipal de la Vivienda en Cantillana (Emuovicasa) y se subrogó en el préstamo con garantía hipotecaria concertado por dicha empresa vendedora con la Caja de Ahorros Provincial de San Fernando de Huelva, Sevilla y Jerez (actualmente, Caixabank S. A.), el 19 de octubre de 2007. En la escritura se incluyó una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado, con un límite inferior del 4,25% nominal y superior del 15% nominal.

El adherente formuló demanda contra la mencionada entidad financiera, en la que solicitó la nulidad de la indicada cláusula de limitación a la variabilidad del interés pactado y la restitución de las cantidades abonadas como consecuencia de su aplicación.

El Juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Por el contrario, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación con los siguientes argumentos: (*i*) El demandante no solicitó directamente el préstamo a la entidad financiera demandada, sino que se subrogó en el que previamente había concertado la entidad financiera vendedora; (*ii*) El adherente podría haber examinado las condiciones en las que se concedió el préstamo a dicha empresa; y en la escritura de compraventa, el comprador afirmó conocer y aceptar tales condiciones; y (*iii*) el demandante estuvo, o pudo estar, informado de la existencia de la limitación a la variabilidad del tipo de interés. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda. (*A. I. R. A.*)

18. Enriquecimiento injusto: existencia, y carácter subsidiario de la acción no vulnerado.—No se infringe el carácter subsidiario de la acción por enriquecimiento injusto al no concurrir causa de nulidad ni de rescisión en la escritura pública de adición a la partición herencia porque la suscripción de un documento privado en la misma fecha no la invalida, sino únicamente afecta a su contenido *inter partes* al atribuirles un porcentaje de participación distinto en la propiedad de la finca. Unas escrituras públicas en la que los vendedores se distribuyen su participación en la propiedad no es un título jurídico que ampare la ventaja económica de percibir el precio en proporción a aquella si media reconocimiento de porcentajes diferentes entre los vendedores, aunque sea en documento privado. Existe, por tanto, un enriquecimiento injusto al distribuirse el precio de la venta conforme a los porcentajes de participación escriturados, y no de acuerdo con el documento privado.

Doctrina de los actos propios y principio de la buena fe (art. 7 CC): falta de vulneración por no darse una primera conducta valorable como definitiva, ni plena conciencia y conocimiento de la situación jurídica en la que se desenvuelve.—La vulneración de la doctrina de los actos propios en relación con el principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos (artículo 7 CC) requiere no solo la contradicción entre una conducta anterior y la pretensión posterior, sino también que la primera conducta sea valorable objetivamente como definitiva en la situación jurídica de que se trate, dado que se pretende proteger la confianza generada en la otra parte sobre la coherencia de la actuación futura (STS de 19 de septiembre de 2017 y las que cita). La conexión existente entre tal doctrina y el principio de buena fe supone que en el momento de desplegarse la conducta del sujeto que se pretende calificar como actos propios este tenga plena conciencia y conocimiento de la situación jurídica en la que se encuentra.

Partición de herencia por los coherederos (art. 1058 CC).—No tiene sentido alegar el derecho de los herederos a realizar la partición de la herencia en la forma que estimen para sostener que una escritura pública de partición ha modificado un documento privado suscrito el mismo día, cuando es este documento el que ha modificado entre las partes aquel instrumento.

Usucapción ordinaria: inexistencia de buena fe como «estado de conocimiento».—La buena fe como «estado de conocimiento» exigida para la usucapción ordinaria del dominio no concurre cuando el usucapiente ha reconocido un porcentaje de participación en la cosa diferente al que pretende adquirir.

Alteración de escritura pública por documento privado (art. 1230 CC).—El artículo 1230 CC impide que un documento privado altere frente a terceros lo pactado en escritura pública, pero no frente a sus firmantes porque ello no pone en peligro la seguridad jurídica. (STS de 5 de febrero de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Dos familias, copropietarias de una finca, otorgaron en 2006 escritura pública de compraventa en la que se hizo constar que cada una poseía un porcentaje de participación del 50% en la propiedad, en proporción al cual recibieron el precio. Tal finca había sido adquirida en 1987 en virtud de una escritura pública de adición de herencia de la abuela de los actores y demandados, en la que la madre de los actores y los últimos se la adjudicaron por iguales partes. El mismo día de tal otorgamiento los demandados firmaron un documento privado en el que reconocieron que el porcentaje perteneciente a la madre de los actores

era del 60%, y el restante 40% a ellos. Los actores, una vez conocen tal documento privado reclamaron de los demandados el abono del exceso del precio que estos habían percibido, al apreciar un enriquecimiento injusto. En primera instancia se dictó sentencia desestimatoria de la demanda, la cual fue recurrida por los actores. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y, en consecuencia, condenó a los demandados al pago de determinadas cantidades. Los demandados interponen recurso por infracción procesal y de casación que serían desestimados. El recurso de casación se articula en cinco motivos. En el primero se denuncia infracción de los artículos 1073 y 1074 CC, en relación con los artículos 1300, 1301 y 1076 CC. Los recurrentes sostienen la validez de la escritura de adición de herencia donde se recoge que son propietarios al 50% por haber transcurrido el plazo de cuatro años de impugnación por anulabilidad y de rescisión, que hubiera sido lo procedente, y no la acción por enriquecimiento injusto por ser subsidiaria. En tal motivo también niegan haberse enriquecido injustamente dado que el precio obtenido deriva de la escritura pública de adición a la partición. El Tribunal Supremo resuelve que con el conocimiento del documento privado es cuando los actores comprueban el enriquecimiento injusto, sin que justifique la escritura de adición el incremento patrimonial de los demandados al existir un reconocimiento de estos con plena validez jurídica. En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 7 CC y de la jurisprudencia sobre la doctrina de los actos propios con fundamento en que los actores se atribuyeron únicamente el 50% de la propiedad en varias ocasiones. Tales actos fueron realizados con anterioridad al conocimiento del documento privado sin tener plena conciencia de la situación jurídica en la que se desarrollaron; pero además se ejecutaron frente a terceros y no a los demandados. El motivo tercero iba encaminado a hacer valer la libertad de los partícipes en la herencia para dividirla conforme estimasen (artículo 1058 CC) en la escritura de adición, lo que fue rechazo por la existencia del documento privado que modificó tal partición. En el motivo cuarto se perseguía la usucapión ordinaria por los demandados del 50% de la finca conforme a la escritura de adición de herencia, lo que se descartó por no existir buena fe dado que no ignoraban los defectos de su título adquisitivo al haber suscrito el documento privado reconociendo otro porcentaje en la propiedad. El último motivo alegó infracción del artículo 1230 CC porque el documento privado no puede alterar una escritura pública. (F. S. N.)

19. Responsabilidad profesional médica: Póliza de asistencia sanitaria: Error de diagnóstico: Agenesia del antebrazo y mano izquierdos: Prueba.—Tanto la sentencia del Juzgado como la de la Audiencia Provincial desestimaron la reclamación formulada por doña Estrella y don Cesáreo, ahora recurrentes, contra los demandados por el daño moral y patrimonial sufrido por la falta de diagnóstico de la agenesia que padece la hija común de los demandantes, quien al nacer presentó la falta del antebrazo y mano izquierdos.

Los hechos son los siguientes: El 24 de octubre de 2007 la demandante tenía concertada una póliza de asistencia sanitaria con la compañía ADESLAS S. L., en virtud de la cual acudió a un facultativo del cuadro médico de dicha compañía, el Dr. Hugo, especialista en ginecología y obstetricia, para que efectuara el control y seguimiento del embarazo de la Sr.^a Estrella, para lo cual realizó varias ecografías bidimensionales en las semanas de gestación 8, 12, 15, 19, 24 y 28. También acudió al Centro Embryogin (con el que al parecer gira la mercantil Repro-Human Costa Dourada S. L. P.), centro integrado en el cuadro médico de ADESLAS SA, y donde el Dr. Segundo (especialista en ecografía obstétrica) practicó a la embarazada una ecografía bidimensional en la semana 20 del embarazo, en concreto el 27 de enero de 2008, sin apreciar anomalías en el feto. En la semana 30 de embarazo el Dr. Segundo realizó una nueva ecografía y apreció una agenesia del antebrazo y mano izquierdos.

En la demanda se imputa a los citados facultativos un error de diagnóstico que impidió a los progenitores adoptar la decisión de abortar dentro del plazo legal de 22 semanas y se reclama por tales hecho la cantidad de 120.000 euros en concepto de daños morales, 512.905,31 euros por los gastos derivados de la prótesis que la menor precisará desde su nacimiento hasta los 70 años y 353.346, 27 euros por las lesiones sufridas, aplicando para ello de forma analógica el baremo anexo actualizado que se contempla en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por R. D. L. 8/2004, de 29 de octubre.

La sentencia de 1.^a instancia mantiene que el error de diagnóstico no es por sí mismo causa de responsabilidad si se prueba que se emplearon los medios adecuados y que se actuó con la debida diligencia y, tras valorar la prueba practicada, concluye que los dos facultativos utilizaron todos los medios a su alcance para ofrecer un diagnóstico certero y si este no se obtuvo fue debido a las dificultades de la propia técnica ecográfica. Se cumplieron, argumenta la sentencia, los protocolos obstétricos vigentes; que durante el seguimiento del embarazo se realizaron un número de controles ecográficos superior al recomendado; los facultativos tenían cualificación al recomendado; los facultativos tenían cualificación y experiencia sobrada como ecógrafos; se utilizó un equipo técnico adecuado, según los protocolos; la paciente quedó informada de las limitaciones de la técnica utilizada, y quedó probado también que no se produjo ninguna sospecha por parte del médico ni ninguna situación de riesgo que le obligara a extremar las precauciones en la práctica de la exploración ecográfica. De hecho era fácil para el perito de la actora demostrar con las imágenes del DVD disponible que la agenesia en este caso era fácilmente apreciable, y no lo ha acreditado, no pudiendo exigir por ello que el Dr. Segundo detectara en esas mismas imágenes la malformación. Los informes periciales aportados por los codemandados, añade, son concluyentes: Los falsos negativos ecográficos como el de este caso son atribuibles a las limitaciones del procedimiento y no a una actuación inadecuada del profesional que lo ejecuta.

La sentencia de la Audiencia Provincial confirma este pronunciamiento. No existe, señala, prueba que acredite los hechos en que se funda la responsabilidad, y declara como premisas fácticas sobre las que descansa esta conclusión, las siguientes: (i) El hecho lesivo (la agenesia del feto) no es consecuencia directa de una negligencia de los facultativos, ya que es probado que la técnica ecográfica es una técnica que presenta limitaciones, que solo tiene un margen estimado de acierto del 22,8%. (ii) Los facultati-

vos realizaron más ecografías que las que son recomendables. (iii) Se entregó a la gestante un documento donde se decía que la ecografía es una exploración complementaria que presenta limitaciones tanto técnicas como de la propia paciente y del operador que la hace, y no todos los defectos son diagnosticables. (iv) Es una prueba cuya práctica no precisa el consentimiento de los pacientes.

Desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

Los dos motivos se formulan por infracción del artículo 24 CE por vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva al haber realizado la Audiencia Provincial una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda. El primero se refiere al documento 10 bis de la demanda, esto es, al informe de la ecografía de la semana 20 en el que se dice lo siguiente: Estructuras exploradas: extremidades. Conclusión normal. Diagnóstico: sin alteraciones visibles. Comentario: no se observan alteraciones estructurales en el momento actual. El segundo, al calificar la ecografía de la semana 20 como rutinaria siendo como era esencial. Para los recurrentes las ecografías de las semanas 8 a la 19 las realiza el ginecólogo habitual, mientras la de la semana 20 la realiza un ecografista especializado y en alta definición, ya que dicha prueba, en ese momento, resulta fundamental para detectar posibles malformaciones y adoptar la gestante una decisión acerca de la posible interrupción legal del embarazo.

Los dos motivos se desestiman. La sentencia advierte que existen múltiples circunstancias que pueden provocar que, a pesar de haberse realizado la exploración de un modo correcto, el médico se lleve una impresión de una realidad que no existe, lo que ocurre de una forma relativamente habitual, y ello no se ha tratado de combatir en el recurso. De hecho, era relativamente fácil para el perito de la actora demostrar, con las imágenes del DVD disponibles, que la agenesia en este caso era fácilmente apreciable, lo que no solo no ha sido así, sino que se viene a confirmar el carácter subjetivo y complementario de una prueba como la cuestionada. Lo cierto es que el proceso deductivo de las sentencias dictadas en ambas instancias se acomoda al conjunto probatorio y resulta plenamente dotado de lógica, llegando a conclusiones coherentes con la misma; por el contrario, las conclusiones a las que quieren llegar los recurrentes se centran en un solo documento que no es causa en sí mismo para la imputación que se pretende ni puede valorarse de una forma aislada. En segundo lugar, la tacha de rutinaria a una determinada ecografía no la relaciona la sentencia con el acierto o desacierto de una prueba que se realiza siempre en el periodo de gestación, sino con la forma de integrar la información prestada a la gestante y ello de no ser absurdo ni irracional ni menos aun ilógico, tiene que ver más con el recurso de casación que con el de infracción procesal, puesto que hubo información, y lo que realmente plantea tiene que ver con el contenido y alcance de la que le fue proporcionada y su ajuste a los criterios legales y jurisprudenciales.

Desestimación de los recursos de casación.—En el primer motivo denuncia infracción de los artículos 1902 y 1903 párrafos 1.º y 4.º CC porque no se suministró información a la gestante, ni antes ni después de la realización de las ecografías, no advirtió la malformación y no le informó del alcance y características de las pruebas de la ecografía, facilitándose una información equivocada basada en un diagnóstico erróneo, pues hizo constar que explorando las extremidades del feto no se observan alteraciones estructurales, con evidente infracción de la *lex artis* y de la obligación de informar; información a la que también se refiere el segundo motivo, esta vez con

infracción del artículo 8, párr. 1.º de la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y vulneración de la doctrina de esta Sala, expresada en la sentencia de 31 de mayo de 2011.

Se desestiman los dos. En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Solo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad (sentencias de 10 de diciembre de 2010, 30 de marzo de 2012 y 18 de febrero de 2015). Y si la exploración fue correcta, en los términos en que han quedado probados; si no había una situación de riesgo y si se utilizaron los medios técnicos suficientes para practicar la prueba diagnóstica, la información que se proporcionó a la gestante fue la que procedía en función de su resultado y de las limitaciones técnicas de la exploración ecográfica, de la que había sido informada, no hubo, en suma, error profesional o negligencia alguna de los médicos que le atendieron, necesario para responsabilizarles del daño por el que se les demanda. En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC). El criterio de imputación del artículo 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (sentencias de 10 de junio de 2008, 20 de noviembre de 2009 y 3 de julio de 2013, entre otras). Desestimados ambos recursos procede hacer uso de la facultad concedida por el artículo 394, párr. 2.º LEC, al que remite el 398 de la misma Ley, a efectos de no imponer las costas causadas por los mismos a la parte recurrente, dadas las dudas de hecho que han determinado su formulación ante esta Sala por el resultado de las numerosas pruebas ecográficas ineficaces para el fin propuesto. **(STS de 6 de marzo de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

20. Convalidación de acuerdos comunitarios.—Los acuerdos alcanzados en una comunidad de propietarios sobre alteración de elementos comunes, que se hayan adoptado por mayoría, pese a requerir la unanimidad, quedarán convalidados si no se recurren en el plazo establecido, al tratarse de una infracción de los artículos 15 a 18 LPH. **(STS de 21 de marzo de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpuso demanda contra ASU, solicitando la elevación a escritura pública de los acuerdos celebrados entre las partes con fecha 1 de febrero de 2005, posibilitando su acceso al Registro de la Propiedad. En dicho acuerdo se venía a considerar la piscina y zonas ajardinadas adyacentes como de uso y destino común sin alteración de la cuota de partici-

pación, salvo en lo relativo a la participación en los gastos ordinarios y extraordinarios. La validez del acuerdo quedó condicionada a la ratificación en junta general de la comunidad.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, motivo por el que la demandada recurrió en apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso y consideró que el acuerdo comunitario de ratificación, exigido para la validez del convenio, no se adoptó por unanimidad, pues las cuotas de los propietarios que asistieron personalmente, o por representación, suponía un 58.74% de la comunidad. En el año 2010 la demandada comunicó por burofax que los pactos carecían de validez, al no haberse ratificado por unanimidad, lo que no fue aceptado por la comunidad.

La comunidad recurre en casación. Alega, en primer lugar, la infracción de los artículos 17 y 18.3 LPH, afirmando que la sentencia de la Audiencia contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo donde se establece que son meramente anulables los acuerdos que entrañen infracción de algún precepto de la LPH o de los estatutos, quedando reservada la nulidad de pleno derecho a la infracción de cualquier otra ley imperativa o prohibitiva que no tenga un efecto distinto o contrario a la moral o al orden público o en fraude de ley. Entiende la recurrente que es válida la aprobación en junta del acuerdo, puesto que, aunque no existió unanimidad, el acuerdo fue conocido y cumplido por todos los propietarios, sin que haya sido impugnado.

En segundo lugar, alega la infracción del artículo 17.7 LPH, en relación con el artículo 7.2 CC, por vulnerarse la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de este precepto, donde se establece que cuando el acuerdo de cambio de uso no limita la utilización de ninguno de los comuneros ni se les priva de ventaja alguna, no es de aplicación la regla de la unanimidad, bastando la mayoría, porque de lo que se trata es de considerar la piscina y zonas ajardinadas como de uso común.

El Tribunal Supremo estima el recurso no solo porque no se impugnó el acuerdo dentro de los plazos de caducidad establecidos en el artículo 18.3 LPH, sino porque hay que entender que fue la totalidad de los propietarios quien ratificó dicho acuerdo alcanzado en el documento que se firmó por las partes el 1 de febrero de 2005, sin perjuicio de que tres de ellos se opusieran simplemente a la retroacción de efectos de la modificación de cuotas, lo que no implica su desaprobación. Por tanto, no existe nulidad y, aunque pudiera existir, nos encontraríamos ante un supuesto de anulabilidad, para cuya declaración se han superado ampliamente los plazos. El Alto Tribunal no alcanza a comprender la negativa a aceptar la existencia de una ratificación por parte de la comunidad respecto de lo convenido por las partes en la fecha señalada.

NOTA.—Sobre la convalidación de acuerdos comunitarios relativos a la alteración de elementos comunes, *vid.* las SSTs de 25 de julio y 24 de septiembre de 1991, 18 de abril de 2007, 27 de febrero de 2013 y de 5 de marzo de 2014. (*S. L. M.*)

DERECHO DE FAMILIA

21. Capacidad para contraer matrimonio. Discapacidad intelectual y aptitud para emitir válido consentimiento matrimonial.—La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece la obligación de los Estados de tomar las medidas necesarias para poner fin a la discriminación en todas las cuestiones relativas al matrimonio, la familia, la paternidad y las demás relaciones personales. Para ello deben adoptarse las medidas de apoyo necesarias, con respeto de la dignidad, la autonomía individual y la independencia que aseguren el goce pleno de todos los derechos en condiciones de igualdad.

Por otro lado, el derecho a contraer matrimonio, que deriva de la dignidad de la persona y es manifestación del libre desarrollo de la personalidad, se cataloga como derecho humano, está reconocido en diversos tratados internacionales y goza de protección constitucional (arts. 32 y 53 CE). La celebración del matrimonio requiere del consentimiento válidamente prestado por los cónyuges, quienes deben tener la capacidad natural de querer y entender la unión matrimonial. No se exige, en cambio, que los cónyuges estén «en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio», previsión que se derogó en 1981 para adecuar la aptitud requerida al *ius connubii*. En la actualidad ni el padecimiento de anomalías psíquicas ni la incapacitación judicial excluyen la aptitud para contraer matrimonio. Como se declaró en la sentencia de 29 de abril de 2015, tanto los incapacitados como las personas que, sin estar judicialmente incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad, pueden celebrar un matrimonio válido siempre que tengan la capacidad natural necesaria para prestar consentimiento matrimonial.

El Código Civil presume la capacidad de los mayores de edad no incapacitados (art. 322 CC), presunción que admite excepciones por las que debe comprobarse la capacidad natural en determinados actos como el matrimonio. Ante la constatación de alguna deficiencia o anomalía psíquica por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, se exige el dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento matrimonial.

Validez del consentimiento matrimonial prestado sin previo dictamen médico.—La discapacidad intelectual no determina la ausencia de un válido consentimiento matrimonial, pero, de conformidad con el artículo 56 CC, cuando alguno de los contrayentes estuviere afectado por alguna deficiencia o anomalía psíquica debe recabarse un dictamen médico sobre su aptitud para consentir válidamente. Puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar el consentimiento, la ausencia de informe médico no determina *per se* la nulidad del matrimonio. En todo caso, con o sin informe médico, cabe el posterior ejercicio de la acción de nulidad matrimonial para valorar en el proceso judicial la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio.

Acción de nulidad matrimonial. No sometida a plazo.—La acción de nulidad matrimonial del artículo 73.1 CC no está sometida a plazo por tratarse de una acción de nulidad absoluta. No es aplicable el plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1301 CC. (STS de 15 de marzo de 2018; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Don Álvaro es diagnosticado de Alzheimer en noviembre de 2006, enfermedad de carácter persistente e irreversible, que en ese momento se presenta en un estadio leve. La enfermedad degenerativa se va agravando y constan sucesivos informes en los que se describen cuadros delirantes secundarios que dificultan la convivencia familiar, se constata la dificultad para que acuda a revisiones médicas y la posibilidad de que don Álvaro sea objeto de engaños (2008). En informes posteriores, tras el padecimiento de un accidente de tráfico, se aprecia el padecimiento de una atrofia cerebral, pérdida de la memoria, desorientación con amnesia, incapacidad para responder a preguntas sencillas, recordar el nombre de sus hijas o coger un bolígrafo (2009). El informe médico de 2009 refleja también la presencia de alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficiente, así como la declaración de sus hermanas, quienes reconocen que don Álvaro necesita ayuda para las actividades de la vida y que no puede vivir solo.

En diciembre de 2008 una de sus hijas, doña Reyes, interpone demanda de modificación de la capacidad de obrar de don Álvaro. Poco después, en mayo de 2009, don Álvaro presenta demanda de divorcio contra su esposa y el juez, conocedor del proceso de incapacitación, no estima necesario el nombramiento de un defensor judicial y dicta sentencia de divorcio en octubre de 2009. En enero de 2010, antes de que se dicte sentencia en el procedimiento sobre la capacidad de obrar, don Álvaro contrae matrimonio con doña Dulce. El matrimonio se celebra en la República Popular China y se inscribe en el Registro Civil del Consulado General de España.

En junio de 2010 se dicta la sentencia en el procedimiento de incapacitación por la que se priva a don Álvaro de toda facultad para realizar actos de gobierno de su persona y de administración y disposición de bienes, derechos e intereses que tengan relevancia jurídica. Entre otras cuestiones, en la valoración médico legal consta que se ha agravado la enfermedad tras haber sufrido un infarto cerebral y que padece un deterioro cognitivo importante, de carácter permanente, progresivo e irreversible, concluyéndose que debe ser considerado psíquicamente «No Capaz para el gobierno de su persona y sus bienes. Don Álvaro queda sometido al régimen de tutela, nombrándose tutora a su hija, doña Reyes. Se desestima un recurso posterior interpuesto por don Álvaro, quien solicitaba el nombramiento de su mujer como curadora.

Don Álvaro fallece en 2015 habiendo otorgado testamento por el que nombraba heredera a su mujer, doña Dulce, y dejaba a sus hijas la legítima. Es entonces cuando doña Reyes, doña Beatriz y doña Isidora, hijas de don Álvaro, interponen demanda solicitando la declaración de nulidad del matrimonio.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la nulidad del matrimonio por falta de capacidad del otorgante. Asimismo, se declara la mala fe de la demandada, quien no informó de la enfermedad que padecía don Álvaro ni al Cónsul General de España en China, ni al funcionario chino que ofició el matrimonio. Tampoco se acompañaron los informes médicos, pese a que la demandada conocía el estado físico y mental de don Álvaro.

La sentencia es recurrida en apelación tanto por doña Dulce como por el Ministerio Fiscal, limitándose el recurso de este último al pronunciamiento relativo a la mala fe de la demandada. La Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación y confirma íntegramente la sentencia.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia y desestima la demanda de nulidad matrimonial. A juicio del Tribunal Supremo, la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio reconocido a las personas con discapacidad, pues no había quedado desvirtuada la presunción de capacidad para la válida prestación del consentimiento matrimonial. Prueba de ello es que, en el proceso de divorcio tramitado poco antes del matrimonio, el juez acordó expresamente no suspender el procedimiento y no nombró un defensor judicial para don Álvaro. Respecto de la capacidad natural requerida, el Tribunal Supremo concluye que la misma voluntad que se considera válida para contraer matrimonio, lo es también para disolverlo por divorcio. Además, la consideración del matrimonio como un derecho humano refuerza el principio *favor matrimonii*. Por otra parte, indica el Tribunal Supremo que no se ha acreditado que don Álvaro estuviera sometido a una situación contraria a su interés y señala que, lejos de ejercitarse la acción de nulidad matrimonial tras la celebración del matrimonio, las demandantes esperaron al fallecimiento de don Álvaro, 5 años después, para instar la nulidad matrimonial.

NOTA.—La sentencia se dicta con un voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, quien, a la vista del informe médico forense, entiende que el recurso debió desestimarse porque existía una notoria incapacidad para comprender y querer, en relación con el consentimiento matrimonial. Recuerda el Magistrado que en mayo de 2009 se emitió el informe forense en el que se hizo constar que don Álvaro padecía atrofia cerebral, se perdía en la calle, no podía responder a preguntas sencillas, no sabía coger el bolígrafo y se afirmaba que «la complejidad de las obligaciones que determinan las circunstancias familiares y patrimoniales desbordan por completo sus posibilidades intelectivas y volitivas». El informe concluyó que don Álvaro es «no capaz del gobierno de su persona y de la administración de sus bienes de forma adecuada por lo que procederá someterle a tutela». El matrimonio se contrajo posteriormente, una vez iniciado el proceso de incapacidad y durante su tramitación, sin que fuese posible que el estado de don Álvaro hubiese mejorado debido al carácter degenerativo de la enfermedad. Pese a ello, no se informó de la enfermedad que padecía don Álvaro ni al Cónsul español ni al funcionario chino que presidieron el matrimonio. La protección del incapaz exige no solo potenciar su autonomía, sino también restringir las facultades para cuyo ejercicio no está preparado, de forma que se garantice su desarrollo personal, social y económico sin interferencias injustificadas de terceros. (V. N. C.)

22. Divorcio: Aplicación del artículo 1438 CC: Procedimiento adecuado.—Promovido juicio de divorcio contencioso, la sentencia dictada en primera instancia declaró la disolución del matrimonio por divorcio, con

atribución del uso de la vivienda familiar por un plazo de tres años a la Sr.^a Matilde, y fijación a favor de la misma de una pensión compensatoria por importe de 700 euros mensuales durante tres años. La Sr.^a Matilde (demandada y reconviniente) interpuso apelación respecto a la atribución del uso de la vivienda, la pensión compensatoria y la denegación de la compensación solicitada ex artículo 1438 CC por el importe de un 50% de los bienes privativos del marido adquiridos durante el matrimonio e igual participación en las participaciones accionariales en sociedades mercantiles adquiridas durante el matrimonio. La Audiencia Provincial de Málaga desestimó el recurso de apelación, confirmando la dictada en primera instancia. Sobre la compensación por vía del artículo 1438 CC, la sentencia recoge que «es doctrina reiterada de esta Sala que la demanda de divorcio, inicial o reconvenional no es el cauce para dilucidar dicha pretensión, sino que debe acudir a un juicio declarativo posterior, pues tal petición excede del objeto del proceso de divorcio». A mayor abundamiento razona que no procedería con remisión a la STS de 14 de julio de 2011.

El recurso de casación se interpone al amparo del artículo 477.2.3.º LEC y se estructura por tres motivos, de los que solo se admitió el tercero.

«Tercer motivo de casación: al amparo de lo dispuesto en el artículo 447.3.º LEC, en relación con el artículo 14 CE, artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, infracción del artículo 2 del Tratado de la UE, del artículo 38 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 y doctrina jurisprudencial aplicable que prohíbe toda discriminación y consagran el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en todos los ámbitos y el derecho a obtener una compensación por el trabajo para la casa a la extinción del régimen de separación, si la esposa ha sido la única que se ha dedicado a ello, aun compaginando dicho trabajo con el realizado fuera del hogar».

El recurso extraordinario por infracción procesal se estructura en dos motivos: solo admitido el segundo.

«Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, por infracción de las reglas de la sentencia en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, en su vertiente a obtener una resolución fundada en derecho que resuelva las pretensiones deducidas oportunamente por las partes». En este motivo combate el recurrente que la sentencia recurrida considere inadecuado resolver sobre la pretensión del artículo 1438 CC en este procedimiento. Se denuncia la vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE, en su vertiente del derecho a obtener una resolución fundada en derecho que resuelva las pretensiones deducidas oportunamente por las partes, con infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al infringir el artículo 120.3 CE y el artículo 218.1 LEC y viciando la sentencia recurrida de nulidad, por incongruencia omisiva».

Procedimiento para resolver sobre la indemnización fijada en el artículo 1438 CC.—En la sentencia recurrida se declara que la indemnización establecida en el artículo 1438 CC, para los supuestos de vigencia del régimen de separación de bienes no puede dilucidarse en el procedimiento de

divorcio, sino que debe plantearse en un procedimiento declarativo posterior. El motivo se estima.

Esta Sala ha declarado, en relación con ello, en STS de 17 de noviembre de 2015: Se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación, y que puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente. Ocurre en este caso que la no inclusión de la compensación en el convenio regulador no puede ser subsanada con posterioridad cuando las partes, por su autonomía decisoria, adoptaron la forma más conveniente a sus intereses, llegando a unos acuerdos globales sobre la situación personal y económica existente hasta el momento de la ruptura, que se tradujo en medidas definitivas propias del juicio matrimonial de separación y que habrían quedado afectadas de haberse negociado entre las partes la indemnización que ahora se reclama puesto que tal circunstancia ya existía en el momento en que se aprueba y, pese a todo, no se incluyó; razones que determinan que el motivo no pueda ser acogido». De este texto jurisprudencial, se deduce que la acción relativa al artículo 1438 CC, puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o en uno posterior, si así lo desea el demandante, por lo que lo establecido en la sentencia recurrida, no procede, dado que los artículos 748 y 770 LEC no excluyen la indemnización del artículo 1438 CC, del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio, en los que la acción del artículo 1438 CC, no es contenido necesario, pero sí posible. La pretendida complejidad de la determinación de la indemnización de dicho precepto no es justificación suficiente, pues en el propio juicio verbal se dilucidan cuestiones tan trascendentes como la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, lo cual exige una amplia prueba sobre la capacidad económica de cada cónyuge, que también aprovecha y afecta a la institución del artículo 1438 CC.

También se debe tener en cuenta que el artículo 806 LEC, bajo el enunciado general «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial», establece lo siguiente sobre el «ámbito de aplicación»: «La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables». Este precepto que es común a la liquidación de todos los regímenes económicos matrimoniales, no excepciona al de separación de bienes ni a las cargas derivadas del mismo, por lo que si el procedimiento de liquidación es común a todos los regímenes, también debe serlo el de disolución cuando ninguna especialidad normativa se establece. En el mismo sentido, el artículo 1438 CC regula que la indemnización se determina, en su caso, «a la extinción del régimen de separación», y al realizarse ello en la sentencia de divorcio (art. 95 CC) es al dictarse esta sentencia cuando se puede resolver lo relativo a la indemnización mencionada. Por estas razones se han de entender infringidos los artículos 218 LEC y artículo 24 CE, dado que no se han decidido en la sentencia todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate.

De acuerdo con lo solicitado, sin necesidad de pronunciarnos sobre el recurso de casación, se declara la nulidad parcial de la sentencia, en lo relativo al artículo 1438 CC, con devolución de los autos, para que el tribunal de apelación se pronuncie sobre los pedimentos correspondientes al establecimiento de la

indemnización del artículo 1438 CC, siendo improcedente derivar a las partes a un procedimiento declarativo posterior. Acordada la nulidad parcial de la sentencia, no es posible resolver el recurso de casación al proceder la devolución de los autos. No procede imposición de las costas derivadas de los recursos interpuestos (arts. 394 y 398 LEC), procediendo la devolución de los depósitos constituidos para recurrir. **(STS de 20 de febrero de 2018; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.] (G. G. C.)

23. Divorcio: Efectos sobre los hijos: Potestad parental compartida: Requisitos.—Los antecedentes son los siguientes: El padre es de Rentería (Guipúzcoa) y la madre de la Frontera, se conocieron por Internet, contrajeron matrimonio el 1 de junio de 2013 y son padres de un niño nacido en 2014. Tras la ruptura la madre ha trasladado definitivamente su lugar de residencia a Jerez de la Frontera, ciudad de la que procedía antes de iniciarse la relación y en la que habita su familia extensa. La Sr.^a Luz presentó demanda de divorcio interesando la guarda y custodia exclusiva. El Sr. Maximino solicitó guarda y custodia compartida por periodos de 15 días que luego amplió a tres semanas. Se dictó auto de medidas provisionales el 29 de enero de 2016, pasando el menor a vivir por periodos alternos de 15 días con su padre en Rentería y con su madre en Jerez de la Frontera. La sentencia, de divorcio dictada en primera instancia acuerda, hasta que el menor cumpla la edad de escolarización obligatoria, el curso 2019/2020, de acuerdo con el informe psicosocial, la custodia compartida del menor por periodo de tres semanas con cada progenitor, con posibilidad del otro de pasar un día de 10 horas a 20 horas con el menor en ese periodo con previo aviso, los periodos de viernes a viernes correspondiendo al progenitor que inicia la guarda ir a recogerlo donde se encuentre, con posible recogida y entrega por los abuelos. El régimen se suspende en vacaciones de Semana Santa y Navidad con distribución por mitad de los periodos, pero no se altera en vacaciones de verano. Para adoptar la medida la juzgadora centra la dificultad en la distancia por ser ambos progenitores igualmente idóneos, contando los dos con familia extensa en las respectivas localidades para apoyo en los cuidados del menor y los traslados. La sentencia, tiene en cuenta el proyecto vital de la pareja, que considera en Rentería, donde ella se trasladó, comenzó a estudiar euskera, buscó trabajo y donde tuvieron al hijo.

La sentencia, motiva que: «La atribución de la guarda a uno u otro, dada la distancia, convertiría al otro, al no custodio, en un mero espectador de la vida de su hijo, en la que prácticamente no tendría participación (un fin de semana al mes, sería la alternativa a las estancias del padre o madre con su hijo en caso de una custodia monoparental). En este momento de edad del menor, ello supondría prácticamente el desconocimiento por parte del menor del progenitor no custodio. En contra, mantener en este momento y mientras sea posible sin perjuicio de la escolarización del menor ni otras posibles secuelas graves para el niño, una custodia compartida, con periodos de tiempo equivalentes en los que el menor pueda ser trasladado de una localidad a otra para permanecer con su padre o su madre, con facilidad dados los medios de comunicación actuales (avión) favorecerá el desarrollo integral del menor que participará del beneficio que le proporciona y más a tan corta edad, la relación con su padre y con su madre. Siendo un niño tan pequeño, su capacidad de adaptación es enorme y de hecho, durante el tiempo en que se ha estado ejerciendo de esta, no se ha apreciado ningún tipo de trastorno en el menor, interactúa normalmente con su padre y con su madre, con

ambos está contento, puede ir a la guardería en uno y otro sitio y puede generar lazos y contacto con las respectivas familias extensas. Cuestión diferente se producirá cuando el menor llegue a la edad obligatoria de escolarización, que es la de seis años».

Interpuesto recurso de apelación, la sentencia, de la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la de primera instancia, centrando la cuestión en determinar si el sistema de guarda compartida con alternancia de tres semanas propuesta por la sentencia, respecto del menor es beneficioso o por el contrario perjudicial para el desarrollo emocional de un menor de algo más de dos años de edad. Después de recoger la jurisprudencia valora los informes del pediatra, y el equipo psicosocial, solicitado por ambas partes, que propuso la solución adoptada por la sentencia, de primera instancia. Destaca que ambos acordaran de mutuo acuerdo, en medidas provisionales, la guarda y custodia compartida por periodos de 15 días.

El recurso de casación se interpone por la progenitora al amparo del artículo 477.2.3.º LEC por infracción del artículo 92.5, 6 y 7 CC, al considerar que la Audiencia Provincial ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las ss. de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y custodia compartida, debiéndose acordar que esta medida no es la mejor manera de proteger a los menores, especialmente si la distancia entre los progenitores es considerable. Se recurre especialmente que la Audiencia Provincial comparte el criterio de la juzgadora de 1.ª instancia en cuanto al sistema de guarda y custodia compartida, destacando que no hay infracción de las normas tuitivas respecto al menor y protección de sus derechos. Se alega que no se ha respetado el interés del menor pues, dada la distancia de las residencias de los progenitores, no es aconsejable el sistema de custodia compartida. Entiende la recurrente que la distancia es un elemento determinante para denegar la custodia compartida, solicitando que la custodia debería atribuirse a la progenitora.

La influencia de la distancia en la adopción del sistema de custodia compartida.—Esta Sala ha declarado en la sentencia 115/2016, de 1 marzo: «La interpretación del artículo 92, apartados 5, 6 y 7 debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se debe tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la STS de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma: *Debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se debe tomar; que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que «la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea (STS de 25 de abril de 2014).*»

Como precisa la STS de 19 de julio de 2013: «Se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 CC ni el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». *Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (STS 2 de julio de 2014).*

Realmente la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, en otro caso en el que no solo se tiene en cuenta la corta edad del menor, sino el trascendental dato de la distancia geográfica del domicilio de los progenitores (Cádiz-Granada).

En sentencia de 21 de diciembre de 2016, se declaró: El hecho de que esta Sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida –por ser el más adecuado para el interés del menor– no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable. La propia parte recurrente afirma que se trata de «un concepto jurídico indeterminado, dejando el legislador en manos del poder jurisdiccional la difícil y responsable tarea de llenarlo de contenido, habiéndonos dotado en los últimos años, con una enorme cercanía en el tiempo, de contenido práctico a ese principio mediante las resoluciones emanadas de la Sala primera del Tribunal Supremo y que son las que consideramos han sido desconocidas por la sentencia recurrida». «La Audiencia sí ha tenido en cuenta el interés de la menor como criterio prevalente a la hora de resolver, si bien no lo ha hecho en la forma en que lo entiende la parte recurrente. Difícilmente puede justificarse en tal caso que estemos ante un supuesto que presente interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, ya que tal doctrina impone la consideración de dicho interés, pero atendiendo al caso concreto. Resulta así que, aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio». Y en el mismo sentido la sentencia de 19 de octubre de 2017, referida la distancia entre Salamanca y Alicante.

De las referidas sentencia que constituyen la doctrina jurisprudencial, se deduce que *la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor, pues como alega el Ministerio Fiscal no procede someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones sanitarias diferentes, y desplazamientos de mil km. cada tres semanas, todo lo*

cual opera en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada, lo que el padre, con evidente generosidad, parece reconocer en uno de los mensajes remitidos a la madre. Por tanto se ha de entender que se infringe en la sentencia recurrida el artículo 92 CC, el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor y el artículo 2 de la LO 8/2015, de 22 julio.

Concretado que no procede el sistema de custodia compartida, dada la distancia entre las residencias de los progenitores, esta Sala debe resolver cuál de los progenitores debe ostentar la custodia del menor. Analizado el informe psicosocial se puede apreciar: 1. Los dos progenitores mantienen habilidades parentales. 2. Doña Luz dispone de habilidades de planificación y tolera la frustración de forma adecuada. 3. Doña Luz tiene un estilo de personalidad abierto y mayor flexibilidad que don Maximino. 4. Don Maximino no asume la realidad de la ruptura, planteándose una ilusoria reconciliación. En estos elementos de juicio entiende la Sala que procede fundar la atribución de la custodia a la madre, si bien reconoce la aptitud del padre para el desempeño de las funciones parentales. La concreción del sistema de visitas, alimentos y medidas derivadas y necesarias tras un proceso de divorcio, en relación con el menor, se desarrollará en ejecución de sentencia por el Juzgado de 1.ª Instancia. Por lo expuesto, procede estimar el recurso de casación y asumiendo la instancia, se atribuye la custodia del menor a la madre. Se mantiene la sentencia recurrida en los extremos no impugnados ni afectados por esta sentencia. Estimado el recurso de casación se hace innecesario analizar el recurso extraordinario por infracción procesal. No se imponen las costas ni en primera, ni en segunda instancia. **(STS de 10 de enero de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—Importante pronunciamiento sobre la patria potestad compartida en relación con el factor del alejamiento del domicilio de los progenitores que cada vez puede originar mayor número de situaciones complejas. Doctrina plenamente de aprobar. (G. G. C.)

24. Divorcio: Pensión de alimentos y pensión compensatoria.—Se formuló demanda de divorcio por Doña Socorro contra don Eulalio en la que se solicitaba la guarda y custodia materna con establecimiento de régimen de visitas ordinario a favor del padre, una pensión de alimentos de 500 euros mensuales y el pago de los gastos escolares, la atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal y una pensión compensatoria de 1.100 euros. En primera instancia se mantuvo la custodia compartida y la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar acordado en el auto de medidas. Se cuestionaba la pensión de alimentos y la pensión compensatoria. La sentencia, de instancia acordó la guarda y custodia compartida, la atribución del domicilio a la madre aunque la vivienda era propiedad de un tercero (empresa vinculada a la madre del demandado), la contribución de los progenitores al pago de todos los gastos ordinarios y extraordinarios al 50% y una pensión de alimentos de 600 euros, precisando que se haría cargo el padre de abonar el 50% de la cuota de arrendamiento con un máximo de 300 euros mensuales si tuviera que abandonar la vivienda familiar y para el caso de que la madre encontrase un empleo retribuido por importe superior al SMI, que las cantidades se reducirían de la manera expuesta en sentencia. Rechazó el establecimiento de pensión compensatoria, pese a la alegación de la esposa que abandonó su

trabajo cuando contrajo matrimonio para irse con su marido a Varsovia que era donde él trabajaba, habiéndose dedicado desde entonces al cuidado de su familia y su hijo, ya que la duración del matrimonio fue apenas de cinco años, el hijo tenía menos de tres años cuando se separaron, desde que se casaron hasta que nació el hijo pasaron dos años en los que ella tampoco trabajó, tiene 35 años y experiencia laboral en el sector servicios. Añadió que precisamente se estableció una pensión de alimentos atendiendo a la carencia de ingresos de la madre y que si se fijara una pensión compensatoria carecería de consistencia el argumento de la ausencia de ingresos y habría que rechazar la pensión de alimentos.

Contra dicha sentencia. se presentó recurso de apelación por la demandante, insistiendo en la procedencia de fijar una pensión compensatoria a su favor, oponiéndose a la misma el demandado, y la sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso de apelación formulada por la esposa, en el sentido de revocar la sentencia. de primera instancia, y en su lugar declaró haber lugar a reconocer a la esposa el derecho a la pensión compensatoria con una duración de dos años, en el importe de 400 euros mensuales y 200 euros al mes en concepto de contribución a los gastos ordinarios del hijo con efectos desde la sentencia. Para ello tuvo en cuenta que el demandado percibía ingresos superiores a los 4.000 euros antes de 2015, aunque se han visto reducidos a unos 2.500 euros con posterioridad y que abone en concepto de alquiler la suma de 500 euros, mientras que la esposa carece de ingresos y ocupa la vivienda familiar titularidad de la madre del demandado, lo que revela el desequilibrio económico que ha ocasionado a la esposa el divorcio, que justifica la fijación de una pensión compensación de 400 euros al mes durante dos años desde la sentencia. Como consecuencia de la fijación de una pensión compensatoria, la Audiencia adecúa a la baja y de oficio el importe de la contribución del demandado a los gastos y manutención del hijo, por lo que en atención a la capacidad económica del demandado y a las necesidades del hijo, fija estos en la suma de 200 euros al mes, al margen de la obligación de hacer frente a los gastos del menor en los periodos en los que lo tenga consigo.

Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal: En la sentencia. recurrida se rebaja la pensión de alimentos de 600 euros a 200 euros, cuando lo único que se planteaba en el recurso de apelación era la petición de un pensión compensatoria. El apelante nada había planteado sobre aquellos en trámite de apelación, ni se había cuestionado esa medida, por lo que la sentencia. recurrida era claramente incongruente. Además la especial naturaleza de los alimentos, no sujetos al principio dispositivo, no facultaba al Tribunal de apelación para reducirlos, ya que las medidas se adoptan «en beneficios de los menores» (art. 92 CC), y sin embargo en este caso se han rebajado, actuando de oficio, provocando un perjuicio al menor. Unido a ello concurre una motivación existente por ilógica, dado que se reduce la pensión de alimentos, por haber establecido una pensión compensatoria, pero siendo la misma temporal (dos años) nada se dice de cuál será la cantidad procedente por alimentos transcurridos los dos años. En la sentencia. recurrida concurre incongruencia externa (en relación con las peticiones de las partes), e interna (al contradecirse consigo misma). En cuanto perjudicó a la recurrente, sin que hubiese escrito de impugnación, se infringe el artículo 465.4 LEC, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto al recurso de casación se estiman los tres motivos alegados, analizándolos conjuntamente. En la sentencia recurrida se yerra al conside-

rar, en la práctica, que la pensión de alimentos y la pensión compensatoria participan de la misma naturaleza, de forma que las cantidades que las cantidades que en las mismas se establecen podrán compensarse, planteamiento que es claramente contradictorio con el texto legal y con la doctrina jurisprudencial.

En este sentido la sentencia de 23 de septiembre de 2015, declara: «Del simple tenor del artículo 151 en relación con el art. 1200.2, ambos del CC, queda clara la imposibilidad de compensar los alimentos, pues una es la deuda del padre con el hijo y otra diferente es la existente entre los ex-cónyuges por lo que procede aceptar los motivos planteados, apoyada la recurrente por el Ministerio Fiscal». Asimismo declara la sentencia de 9 de febrero de 2010: «Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas; así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad (SSTS de 17 de octubre y 21 de noviembre 2008 y 10 de marzo 2009, entre otras). Es por ello que la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas... sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí misma el derecho a obtener la pensión compensatoria».

Por tanto, dado que la pensión de alimentos y la pensión compensatoria tienen naturaleza diferentes, no puede subordinarse económicamente una a la otra. En función de ello y dada la estimación el recurso extraordinario por infracción procesal y ahora el de casación, hemos de mantener la pensión de alimentos fijada por el Juzgado de Primera Instancia en 600 euros, al no haber sido objeto de recurso de apelación y al ser la solución compatible con la protección del interés del menor (art. 93 CC). Igualmente procede mantener la pensión compensatoria fijada por la Audiencia Provincial en 400 euros, durante dos años, dado que este extremo no ha sido objeto de recurso ante esta Sala.

Estimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, no procede imposición de costas, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir (arts. 394 y 398 LEC). (**STS de 2 de febrero de 2018**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.] (G. G. C.)

25. Comunidad postganancial: Arrendamiento de vivienda de larga duración.—Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

Don Sixto y doña Irene estaban casados bajo el régimen de gananciales. Entre los bienes comunes se encontraba una casa situada en San Paio de Sabugueria (Santiago de Compostela).

El 5 enero 2002 don Sixto otorga testamento. En la cláusula 2.^a atribuye a su esposa el legado de usufructo universal y vitalicio sobre todos sus bienes. El testamento contiene la cláusula 5.^a en la que lega a su hijo don Olegario la parte o derechos correspondientes al testador en el bajo de la mencionada casa, en el cual el legatario tiene instalada una panadería. En la cláusula 6.^a lega a su nieta doña Valle (hija de Leticia) la parte o derechos correspondientes al testador en el piso situado sobre el bajo citado. En la cláusula 9.^a insti-

tuye herederos por partes iguales a sus tres hijos (don Olegario, doña Leticia y doña Martina, esta última madre de doña Valle, que fallece el 19 enero 2005). En la cláusula 10.^a sustituye a los legatarios y herederos designados en las cláusulas anteriores por sus respectivos descendientes.

El 15 diciembre 2002 fallece don Sixto.

El 25 enero 2008, la viuda doña Irene otorga testamento en el que, por lo que aquí interesa, dispone del conjunto de la casa mencionada, como legado a favor de su hijo don Olegario. Dispone otros legados e instituye herederos a sus cuatro hijos (dos habidos de un primer matrimonio (don Olegario y doña Leticia, hijos comunes con don Sixto) y al grupo de tres nietos en representación de su hija premuerta, doña Martina).

El 1 febrero 2008, doña Irene y su nieta doña Valle, celebran un contrato de arrendamiento de la vivienda situada en la casa mencionada, a favor de don Luis Antonio (viudo de doña Martina). En el documento manifiestan expresamente que intervienen en su condición de propietarias; así lo hacen constar tanto en el encabezamiento como en su expositivo 1.º donde dicen que «doña Irene es propietaria junto con doña Valle que es legataria de la parte de su abuelo». Entre otras condiciones en el contrato se establece un periodo de vigencia de 30 años y una renta mensual de 50 euros. En el documento contractual se hace constar que en el momento de la firma se hace entrega anticipada de la cantidad de 3000 euros, correspondiente a un periodo de 5 años.

D. Luis Antonio ha vivido en esa casa junto con su esposa e hijos continuamente desde que se casó, hace más de 30 años.

El 23 agosto 2009 fallece doña Irene.

El 21 septiembre 2012, don Olegario y doña Leticia, interponen demanda contra doña Valle y don Luis Antonio, y declaran actuar en interés de la comunidad de bienes dejados al fallecimiento de sus padres don Agapito y doña Irene. Con carácter principal solicitan que se declare la nulidad del contrato de arrendamiento. Alegan que no tuvieron conocimiento de la existencia del arrendamiento de la vivienda hasta después del fallecimiento de su madre, en particular cuando requirieron a don Luis Antonio para que se abstuviera de hacer obras en la vivienda y él aportó el contrato de arrendamiento en el que se le autorizaba para realizarlas.

La sentencia del Juzgado desestima íntegramente la demanda: niega la legitimación de la codemandante doña Leticia, por no ostentar ningún derecho sobre la vivienda objeto del arrendamiento, pero también la del code mandante D. Olegario, que en su condición de comunero podría ejercer acciones en interés de la comunidad si no existiera oposición de otro comunero, lo que sucede en este caso, en el que doña Valle, que es comunera, se opone a la acción.

Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial dicta sentencia por la que: i) reconoce la legitimación activa de don Olegario, al haber sido nombrado legatario por su madre, que le adjudicó su participación en la casa ganancial y, por tanto, también en el piso objeto del contrato; niega, sin embargo, la legitimación de su codemandante doña Leticia, por no haberle correspondido ninguna participación en la casa; ii) tras recordar que el legatario de cosa específica y determinada del testador adquiere la propiedad de la cosa legada desde el momento de la muerte del testador, conforme al artículo 882 CC, desestima la demanda porque considera que las arrendadoras era titulares absolutas de la vivienda, lo que justifica de la siguiente manera: «doña Leticia ostentaba el 50% en su condición de titular original, al haberse otorgado la declaración de obra nueva

de 21 julio 1972, a su nombre y al de su esposo don Sixto. Y doña Valle, el 50% restante al ser legataria de cosa cierta de su abuelo don Sixto. Legado que ha de entenderse que ha sido tácitamente entregado, puesto que doña Valle tiene la posesión de la vivienda, dado que vive allí y efectúa actos de disposición como el arrendamiento».

Antes de entrar en el fondo hay que señalar que el pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial que negó la falta de legitimación de la codemandante no ha sido impugnado en el presente recurso, por lo que tal pronunciamiento quedó firme. El recurso interpuesto por doña Leticia debe ser desestimado, con independencia de que no se compartan las razones por las que se negó dicha legitimación. Subsiste el recurso interpuesto por don Olegario, único sobre el que se pronuncia la Sala.

Objeto del presente recurso de casación es la cuestión de la validez y eficacia de un contrato de arrendamiento de una vivienda de carácter ganancial otorgado después de la extinción de la sociedad de gananciales pero sin haber procedido a su liquidación. En el caso, tras el fallecimiento del esposo, el contrato de arrendamiento lo otorgan conjuntamente como arrendadoras su viuda y su nieta. La viuda, además de partícipe en el patrimonio común de la disuelta sociedad de gananciales, es legataria del usufructo universal y vitalicio sobre todos los bienes del esposo. La nieta es legataria de la parte o derechos que le correspondían a su abuelo en la vivienda.

El marco jurídico dentro del cual se respuesta a los asuntos planteados, es el siguiente:

Sociedad de gananciales: Atribución de la titularidad sobre los bienes comunes.—En la sociedad de gananciales, puesto que no surge una nueva persona jurídica, ambos cónyuges son titulares de los bienes comunes, pero los diversos objetos no les pertenece proindiviso, sino que integran el patrimonio común, una masa patrimonial que pertenece a ambos cónyuges. Ambos cónyuges son los propietarios de cada cosa, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total, pero no son titulares de cuotas concretas sobre cada bien. Esta forma de atribución de la titularidad comporta, además, que los cónyuges y sus sucesores, mientras no liquiden la sociedad, no pueden disponer sobre mitades indivisas de los bienes comunes. Es decir, durante la vigencia del régimen de gananciales, no puede considerarse que cada cónyuge sea copropietario del 50% de cada bien. Para que se concrete la titularidad de cada cónyuge sobre bienes concretos es precisa la previa liquidación y división de la sociedad.

Comunidad postganancial.—Tras la disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, y hasta la liquidación del patrimonio, existe una comunidad universal en la que se integran los bienes que conformaban el patrimonio común (art. 1396 CC). Son partícipes de esta comunidad postganancial el viudo y los herederos del premuerto. El viudo es, en primer lugar, cotitular del patrimonio postganancial indiviso. Además, al viudo le corresponde la cuota usufructuaria en la herencia del premuerto, en la que está incluida la cotitularidad que a este último le correspondía en el patrimonio ganancial. En el caso de legado voluntario de usufructo universal sobre la herencia del premuerto, el viudo es usufructuario de toda la herencia y, por tanto, usufructuario de toda la cuota del premuerto en la sociedad de gananciales.

En cuanto a la gestión del patrimonio común: (i) Para la transmisión de la propiedad sobre un bien concreto de la comunidad postganancial es precisa la intervención de todos los partícipes. Sin embargo, el contrato obligacional rea-

lizado por alguno o algunos de ellos no da lugar a la aplicación del régimen de la nulidad y es posible la eficacia de la transmisión si se produce la adjudicación del bien a los partícipes que lo otorgaron (arg. art. 399 CC). Otra cosa es que, en defensa de su interés en que no se burle su participación en el patrimonio común, los demás puedan ejercitar una acción para que el bien se integre en el patrimonio postconsorcial (lo que no es exactamente una reintegración derivada de la nulidad). (ii) Para los actos de administración basta la mayoría de intereses en la comunidad postconsorcial (arg. art. 398 CC). A efectos del cómputo de mayorías deben tenerse en cuenta tanto las cuotas de titularidad como las de usufructo, en la medida en que lo relevante es quien tiene la facultad de administrar (cfr. art. 490 CC, para el usufructo de cuota). (iii) El arrendamiento es un acto de administración salvo cuando, por su duración, comprometa el aprovechamiento de las cosas (arg. arts. 1548 y 271 CC). En tal caso se considera como acto de disposición. Así lo entendió la sentencia, de 10 julio 2010 respecto del arrendamiento por quince años con posibilidad de prórroga de un piso ganancial, en un caso en que el contrato fue otorgado, tras la muerte de la esposa, y sin autorización judicial, por la curadora del marido declarado pródigo. En el ámbito de la sociedad de gananciales se ha considerado acto de disposición el arrendamiento de industria instalada en local ganancial por plazo de quince años (STS 10 de abril de 1995); también el arrendamiento de inmueble ganancial por cuatro años prorrogables a veinte por voluntad del arrendatario, con opción de compra a su favor (STS 14 de noviembre de 2000).

Comunidad hereditaria.—Mientras no se proceda a la partición del caudal hereditario, integran la comunidad tanto los bienes privativos del premuerto como, hasta que se liquide la sociedad de gananciales y se adjudiquen bienes concretos, la participación del premuerto como, hasta que se liquide la sociedad de gananciales y se adjudiquen bienes concretos, la participación del premuerto en el patrimonio ganancial. No forman parte de la comunidad hereditaria las cosas específicas y determinadas, propias del testador, respecto de las que haya ordenado un legado. Conforme al artículo 882 CC, el legatario adquiere en estos casos la propiedad del bien legado, directa e inmediatamente desde la apertura de la sucesión, sin perjuicio de que analice la inoficiosidad del legado y de que el legatario no adquiera la posesión hasta que se la entregue el heredero.

Legado de los derechos que le corresponden al testador sobre un bien ganancial.—Es válido el legado hecho por un cónyuge de los derechos que le correspondan en un bien determinado. Puesto que el artículo 1380 CC admite el legado de un bien ganancial en su integridad, no hay razón para impedir ni el legado de una cuota ni tampoco el legado de los derechos que le correspondan al testador sobre un bien ganancial. La eficacia de estos legados dependerá de lo que resulte al liquidar la sociedad de gananciales. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, a la vista de la solución que ofrece el artículo 1380 CC para el legado de bien ganancial, el legado de los derechos que correspondan al testador sobre un bien ganancial, se limita a la mitad indivisa del bien si esa parte es adjudicada al causante en copropiedad con el otro cónyuge o sus herederos o al valor de la mitad del bien en el caso de que sea adjudicado íntegramente al otro cónyuge (solución consagrada, con redacción no idéntica, y algún matiz diferente entre sí, en la ley 251 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, en el artículo 238.3 del Código de Derecho foral de Aragón y en el artículo 207 de la Ley de 14 de junio de 2006, de Derecho civil de Galicia). Es igualmente válido el legado de un bien integrado en la comunidad postganancial, en particular el otorga-

do por un cónyuge tras la disolución de la sociedad y antes de su división. Procede aplicar por analogía la regla que resulta del artículo 1380 CC. de modo que la eficacia de este legado también dependerá de a quien se adjudique el bien en la división (así, STS de 11 de mayo de 2000; expresamente se consagra en el artículo 255 del Código de Derecho Foral de Aragón).

Situación jurídica de la vivienda en el momento de celebración el arrendamiento litigioso.—Procede declarar: (i) Que doña Irene no era titular del 50% de la vivienda, pues ni siquiera tras la disolución de la sociedad de gananciales (lo que en el caso tuvo lugar por el fallecimiento del esposo, don Agapito) puede estimarse que la titularidad del cónyuge recae sobre el 50% de cada bien. La titularidad de cada cónyuge (y, en el caso, de los demás partícipes de la comunidad postganancial) se concreta con la liquidación y división. (ii) doña Valle no era titular del 50% restante de la vivienda, pues el legado de la parte o derechos correspondientes al testador sobre un bien ganancial es válido, pero no atribuye de manera inmediata al legatario la titularidad del 50% del bien ganancial; la eficacia del legado dependerá de lo que resulte de la liquidación (que en el presente caso todavía no se ha hecho) y de a quien se le adjudique el bien. Por tanto, en el momento en que se celebró el contrato, la propiedad de la vivienda no pertenecía proindiviso a las otorgantes del arrendamiento (doña Irene y doña Valle), por mucho que ambas expresaran en el documento que eran las propietarias del piso.

Un arrendamiento como el litigioso, de acuerdo con la doctrina expuesta, difícilmente puede ser calificado como acto de administración. Basta con tener en cuenta la duración pactada (30 años con prórrogas tácitas), sin necesidad de reparar en otros contenidos invocados por los recurrentes y de los que resultaría su carácter perjudicial para los propietarios (el reducido importe de la renta, la autorización al arrendatario para realizar las obras, cambios y mejoras que considere oportunas, el pago de los impuestos y los gastos de mantenimiento a cargo de las arrendadoras).

En consecuencia, en su condición de copropietarias, doña Irene y doña Valle no estaban facultadas para celebrar el contrato de arrendamiento litigioso.

Pero, por lo que se dice a continuación, doña Irene sí estaba facultada para otorgar el contrato de arrendamiento.

Legitimación de la viuda para otorgar el arrendamiento de la vivienda.—Doña Irene ostentaba el usufructo universal de la herencia de don Sixto. Aun cuando haya legitimarios, el legado de usufructo universal a favor del viudo ha venido siendo admitido por la doctrina y la jurisprudencia en el marco de cláusulas de opción compensatoria de la legítima y fue consagrado con amplitud por los artículos 118 y 144 de la Ley de 24 mayo 1995, del Derecho civil de Galicia (en la actualidad, el art. 228 de la Ley de 14 junio 2006, del Derecho civil de Galicia). En cualquier caso, ninguna de las partes discute la validez y eficacia del usufructo de doña Irene. Por consiguiente, el derecho de los herederos de don Agapito en la comunidad de los bienes comunes era el de la nuda propiedad. Puesto que al otorgar el contrato litigioso no se había liquidado y dividido la sociedad de gananciales, ni la titularidad ni el usufructo recaían sobre bienes concretos, pero doña Irene podía usar y aprovechar en exclusiva, tanto de manera directa como indirecta, todos los bienes comunes, pues ostentaba la propiedad plena sobre el 50% y el usufructo sobre el 50% restante correspondiente al cónyuge premuerto. La facultad del usufructuario de disfrutar de los bienes comprende la de realizar actos o contratos que respeten la sustancia de la cosa. Pero el usufructuario no puede transmitir a otros derechos de más duración que el que a él le

corresponde (art. 480 CC y, para el arrendamiento de vivienda, art. 13 LAU, conforme al cual los arrendamientos otorgados por el usufructuario se extinguirán al tiempo del derecho del arrendador). Con la extinción del usufructo desaparece el presupuesto del que dependía la subsistencia del contrato de arrendamiento, porque ya no existe un derecho a usar y disfrutar los bienes en exclusiva que hasta entonces correspondía a la usufructuaria que otorgó el contrato, y los herederos del premuerto tienen derecho a la posesión en la parte de los bienes atribuible a su causante. Por consiguiente, los herederos del cónyuge premuerto que no otorgaron el contrato de arrendamiento está legitimados para hacer valer la extinción del contrato y solicitar el cese del uso de la vivienda por el arrendatario.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso interpuesto por doña Leticia, puesto que el pronunciamiento de la sentencia recurrida por el que se apreció su falta de legitimación ha quedado firme.

Del recurso interpuesto por don Olegario se desestima el primer motivo y se estima el segundo motivo. La estimación del segundo motivo de casación determina que casemos la sentencia recurrida.

Assumiendo la instancia, dictamos sentencia por la que declaramos que el contrato de arrendamiento celebrado el 1 febrero 2008 quedó extinguido el 23 agosto 2009, fecha del fallecimiento de la usufructuaria. En consecuencia, procede condenar a don Luis Antonio al abandono de la vivienda, con apercibimiento de lanzamiento para el caso de que la abandone voluntariamente.

La única pretensión de contenido económico que se plantea por ambas partes es la ejercitada por la demandante y consiste en la solicitud de condena a doña Valle al reintegro de 2.275,00 euros. La demandante reclama esa cantidad por considerar que, de los 3000,00 euros correspondientes a las rentas de cinco años que se pagaron anticipadamente en cumplimiento del contrato, doña Valle debería reintegrar a la masa las rentas correspondientes a los meses posteriores al fallecimiento de doña Leticia, que ya no se habrían integrado en la masa hereditaria. Esta Sala entiende que correspondería a la usufructuaria el cobro de las rentas y, si no fue de esa manera, se trata de una cuestión que deberá resolverse al realizar las correspondientes operaciones de inventario para la liquidación y partición. En consecuencia, la petición se desestima.

La estimación parcial del recurso de casación interpuesto por don Olegario determina que no se impongan las costas devengadas por su recurso y que se declare su derecho a la devolución del recurso para recurrir. Puesto que su recurso de apelación debió ser parcialmente estimado no se le imponen las costas de apelación.

La desestimación del recurso interpuesto por doña Leticia determina que se le impongan las causadas en este recurso y en apelación.

La estimación parcial de la demanda interpuesta en su día determina que no se haga especial pronunciamiento sobre las costas de primera instancia. **(STS de 17 de enero de 2018; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sra. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—Supuesto de hecho extraordinariamente complejo, en el que aparecen implicados miembros de tres generaciones de una misma familia, que inexplicablemente toleran situaciones fácticas, acaso perjudiciales, durante mucho tiempo. Es posible que las relaciones familiares hayan evolucionado diversamente o que la vivienda se haya revalorizado de modo considerable en el interregno. La sentencia. es plenamente clarificadora. (G. G. C.)

26. Unión de hecho: Ruptura: Régimen jurídico.—Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

El 15 de abril de 2014 la Sr.^a Zaira solicitó «medidas provisionales previas a la demanda de declaración judicial de ruptura de unión de hecho» contra el Sr. Olegario, alegando una relación de pareja de veintidós años con el Sr. Olegario, de convivencia durante dieciséis años, fruto de la cual habían nacido en 2001 y 2004 sus dos hijos. En la solicitud interesó la adopción de medidas relativas a la patria potestad, custodia, régimen de visitas, uso de la vivienda familiar y de un vehículo. Solicitó también, por lo que interesa a los efectos del presente recurso, «en concepto de contribución a las cargas familiares», el pago por el Sr. Olegario de 3500 euros al mes. Para el caso de que ella dejara de percibir cantidad alguna de la sociedad Ópalo S. L. (de la que percibía 1.500 euros mensuales en concepto de sueldo desde octubre 2012) solicitaba que esa cantidad se incrementara hasta los 4.500 euros.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Castellón dictó auto de 11 de junio de 2014, sobre adopción de medidas provisionales previas a la demanda sobre guarda y custodia y alimentos para hijos menores no matrimoniales en el que, por lo que interesa ahora, acordó el pago por el padre de 500 euros mensuales para cada uno de los hijos.

El 24 de julio de 2014, la Sr.^a Zaira, al amparo de los artículos 104.2 CC y 771.5 LEC interpuso «demanda de declaración judicial de ruptura de unión de hecho» contra el Sr. Olegario. Solicitó también una pensión compensatoria de 1.500 euros al mes a su favor y a cargo del demandado «para el caso de la supresión del sueldo de la mercantil Ópalo SL, dado el evidente desequilibrio que eso le reportaría y la situación crítica en la que quedaría». La demanda señaló como procedimiento adecuado «el regulado en el artículo 753 LEC y el Decreto de admisión a trámite determinó como procedimiento adecuado el juicio verbal con las especialidades previstas en el artículo 753 LEC y concordantes.

El Ministerio Fiscal intervino y en su primer escrito dirigido al Juzgado informó respecto al procedimiento, lo siguiente: «Derecho adjetivo: artículos 748 ss., 769.3, 770.6 ss. LEC.»

El demandado se opuso en cuanto al fondo de la pretensión de pensión, expresando su conformidad con los fundamentos de derecho procesal de la demanda. El proceso se tramitó efectivamente como juicio verbal especial y se propuso y se practicó prueba atinente a la totalidad del objeto planteado por la actora. Por lo que ahora interesa, la demandante basó su pretensión en los siguientes argumentos: que durante toda la relación de la demandada con el demandante ella se había venido dedicando fundamentalmente al hogar, a la crianza y educación de los hijos comunes (de 12 y 9 años en el momento de presentar la demanda) y que su única fuente de ingresos procede del sueldo que percibe de la sociedad Ópalo, que es una sociedad participada por la demandante en un 49% y por el demandado en un 51 %, lo que deja en manos del demandado que ella pueda continuar percibiendo su sueldo. El demandado se opuso invocando la jurisprudencia del Sala 1.^a que excluye la aplicación analógica del artículo 97 a las parejas de hecho, porque ni durante el periodo de convivencia como pareja, ni después con la maternidad, la demandante dejó de trabajar. Argumentó finalmente que igualmente él también tiene interés en que ella trabaje y que ella tiene formación superior y experiencia profesional suficiente para encontrar otro empleo en caso de disolución de la mercantil Ópalo Interiores S. L.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y, por lo que aquí interesa, entre las medidas adoptadas, estableció la

siguiente: «El demandado abonará a la demandante una pensión compensatoria por importe de 500 euros mensuales, pensión que solo se abonará en el caso de que la demandante deje de percibir su sueldo actual de 1.500 euros mensuales procedente de la mercantil Ópalo SL siempre que la extinción de la relación laboral no sea atribuible a la propia conducta de la demandante, momento a partir del cual el demandado tendrá obligación de abonar la citada pensión durante el plazo de dos años». La sentencia, basó su decisión en el siguiente razonamiento: En el presente supuesto la prueba practicada ha acreditado la mayor dedicación de la madre al cuidado de los hijos y del hogar familiar. Lo expuesto resulta del hecho de que durante los últimos cinco o seis años el demandado ha estado residiendo fuera de Castellón de lunes a viernes –no se debe olvidar que los hijos tienen catorce y diez años–, y que cuando vivió en Castellón la demandante manifestó que ello los tenía en la tienda hasta que cerraba y que su pareja no llegaba a casa antes de las nueve de la noche. Y así lo pone de manifiesto también la diferente capacidad económica de ambas partes, tal y como resulta de la prueba valorada en el fundamento de derecho anterior, que prueba también la distinta capacidad económica de ambas partes al tiempo de romperse la convivencia, lo que generaría un enriquecimiento injusto a favor del demandado de no acordarse cantidad alguna a favor de la demandante. Por todo ello, y atendiendo la distinta capacidad económica de ambas partes, procede estimar parcialmente la pretensión de la demanda consistente en que el demandado abone a la actora la cantidad de 500 euros para evitar el enriquecimiento injusto que genera la ruptura de la unión de hecho, si bien, tal y como ha solicitado la propia parte actora, dicha cantidad solo tendrá la obligación de abonarla el demandado en el caso de que la demandante deje de percibir su sueldo actual de 1.500 euros procedente de la mercantil Ópalo SL, si bien con el matiz de que siempre que la extinción de la relación laboral no sea atribuible a la propia conducta de la demandante. En el caso de que (...) el demandado tenga que satisfacer la pensión compensatoria, el plazo (...) será de dos años, vista la edad de la madre y la experiencia profesional que ha adquirido también durante la convivencia *more uxorio*, pues de su propio interrogatorio resulta que ha estado compaginando su dedicación a la familia con su trabajo.

El Sr. Olegario interpuso apelación en el que no planteó cuestiones procesales y solo impugnó las medidas adoptadas por el Juzgado. Por lo que aquí interesa, reiteró que no debía concederse a la actora pensión económica alguna. A los argumentos utilizados en la contestación de la demanda, y a la vista del razonamiento de la sentencia, de primera instancia, añadió que en el caso no existía enriquecimiento injusto.

La Sra. Zaira formuló oposición al recurso y alegó que la forma de organizarse los miembros de la pareja había permitido al demandado potenciar su vertiente profesional, mientras que la dedicación de ella al cuidado de la casa e hijos le había permitido un menor recorrido profesional. Añadió que ello había determinado que el nivel de ingresos de él desde hace años fuera superior al de ella.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia, de primera instancia. Su razonamiento fue el siguiente: «A tales efectos la Sala da por reproducida la jurisprudencia citada en la sentencia, de instancia, evitando la reproducción por inútil. Sobre la prueba practicada es un hecho acreditado que la convivencia de los litigantes ha sido de más de 16 años, fruto de cuya relación nacieron sus dos hijos, Baltasar y Fausto de doce y nueve años a fecha de la presentación de la demanda en 2014, habiéndose

hecho cargo en mayor medida de la educación y cuidado de los hijos su madre, en atención a los negocios y dedicación del padre a dichos menesteres, con ausencias en los últimos años por motivos laborales. Ciertamente es un hecho acreditado que la Sra. Zaira posee cualificación profesional, y que durante la convivencia ha desarrollado trabajo remunerado fuera del hogar familiar, pero dicha circunstancia no constituye un impedimento para la adopción del pronunciamiento de la sentencia., cuando acuerda una pensión compensatoria de 500 euros mes por dos años, para el caso de que se quede sin el empleo que a fecha de la demanda desempeñaba en la mercantil Ópalo Interiores S. L. del demandado. Y que según indica la parte apelada, efectivamente ya no desempeña. Y decimos que dicha compensación se halla justificada, por cuanto de no haberse hecho cargo en la medida correspondiente la Sra. Zaira de la crianza y dedicación a sus hijos, ninguna duda cabe que el padre de los menores no podría haber desarrollado sus trabajos profesionales con la libertad que ello le daba, con sus viajes y estancias en Madrid. Es decir la dedicación de la madre de los menores ha contribuido a potenciar la vertiente profesional del padre, y al incremento de sus ingresos en mayor medida».

El Sr. Olegario recurre en su modalidad de interés casacional denunciando acumulación indebida de acciones. La Sala observa que el demandado no ha planteado en ningún momento la excepción de inadecuación de procedimiento y ni el Juzgado ni la Audiencia Provincial la apreciaron de oficio, de modo que las partes han accionado y contestado respectivamente con todas las garantías de forma plena y escrita, tanto en primera como en segunda instancia, y el demandado ha interpuesto recurso de casación en el que plantea si debe establecerse a favor de la demandante una pensión *sui generis* por analogía con la pensión compensatoria y basada en el enriquecimiento injusto. En el caso, por tanto, se ha puesto de manifiesto ante la Sala la existencia de un determinado interés casacional y ninguna de las partes insta la nulidad o solicita que la Sala no se pronuncie en cuanto al fondo, por lo que, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 227 LEC y 240 LOPJ, esta Sala se pronunciará sobre la pensión solicitada.

Procede rechazar los óbices de admisibilidad. En efecto, la actora solicitó una pensión y la sentencia recurrida confirma la medida de la sentencia. de primera instancia que la concedió, sin afirmar expresamente con fundamento en qué precepto, pero apoyando su decisión en la transcripción de jurisprudencia en la que se razonaba a veces sobre el artículo 97 CC, otras sobre el artículo 1438 y otras sobre el enriquecimiento injusto. La sentencia. de la Audiencia Provincial, para confirmar la de primera instancia, dice que da por reproducida la jurisprudencia cita en ella y, aunque tampoco basa su decisión en precepto alguno, la valoración que hace de los hechos es un compendio de los criterios que se recogen en los artículos 97 y 1438 CC (la dedicación a la familia y a los hijos) y de los que justificarían una aplicación de la doctrina del enriquecimiento. Dada la poca claridad de la sentencia. recurrida acerca del fundamento por el que se concede la pensión no es reprochable que el recurrente invoque como infringidos todos los preceptos y doctrina citados por dicha sentencia. para fundamentar su decisión.

Derecho aplicable y doctrina de la Sala.—Hay que comenzar descartando la aplicación de las leyes dictadas por la Comunidad Valenciana para regular las uniones de hecho, en las que, si bien no se establecía una pensión compensatoria, se reconocía la posibilidad de pacto que la acordara (art. 7 de la Ley de 15 de octubre de 2012, de uniones de hecho formalizadas; con anterioridad art. 4 de la Ley de 6 de abril de 2001). Ello en atención a que la STC

de 9 de junio de 2016, declaró la nulidad, entre otros, del precepto que así lo establecía en la Ley de 2012, como consecuencia de la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular las consecuencias civiles de las «uniones de hecho formalizadas».

En el Derecho civil estatal no existe una regulación general de las parejas no casadas. El legislador ha equiparado a algunos efectos las parejas no casadas al matrimonio (art. 101, 320, 1, 175.4 CC, arts. 12.4, 16, 1.b, 24.1 LAU). Pero esto no ha sucedido con la pensión compensatoria reconocida en el artículo 97 CC.

Son admisibles genéricamente los pactos entre los convivientes por los que, al amparo del artículo 1255 CC, adopten acuerdos en los que prevean compensaciones por desequilibrios en el momento de la ruptura de la convivencia. Sin embargo, no existe una previsión legal que contemple para el caso de extinción de la pareja una compensación de ningún tipo (ni alimenticio en caso de necesidad, ni por desequilibrio, ni por haber trabajado para el hogar o para el otro cónyuge).

De forma categórica, sin distinción entre parejas constituidas por la mera convivencia y parejas formalizadas y sin contemplar tampoco la posibilidad de que por acuerdo de los interesados pudiera excluirse el régimen legal, la STC 93/2013, de 23 abril, declaró que las reglas que imponen a los integrantes de una pareja estable el derecho a una pensión sin que así lo hayan acordado «vulneran la libertad de decisión consagrada en el artículo 10.1 CE, al responder básicamente a un modelo imperativo alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad. En particular, con este argumento el TC declara la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el articulado de la ley foral navarra de 3 julio 2000, para la igualdad jurídica de las parejas estables, que permitían exigir una pensión periódica o una pensión de compensación económica a los miembros de una pareja aunque no hubieran acordado nada sobre el particular. Pero añade la citada sentencia que tal declaración es «independientemente de que las reglas generales de responsabilidad por enriquecimiento injusto puedan tener su proyección en determinados supuestos y de que los miembros de la pareja puedan libremente establecer los pactos que tengan por conveniente al respecto, lo que resulta inconstitucional es la imperatividad de la previsión en los términos referidos».

La interpretación del TC ha reforzado la línea jurisprudencial de esta Sala de que no cabe aplicar por *analogía legis* las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero descarta que pueda recurrirse, en defecto de pacto, a principios generales, como el de enriquecimiento injusto. Así: a) Frente a una línea anterior, la sentencia del Pleno de 12 septiembre 2005 declaró que no cabe aplicación analógica de las normas propias del matrimonio; con posterioridad se ha reiterado la doctrina de que debe excluirse la aplicación analógica de la pensión compensatoria a los supuestos de ruptura de la convivencia en parejas de hecho, bien reiterando la doctrina para casos de pensión compensatoria, bien al solucionar otros problemas jurídicos planteados con ocasión del cese de la convivencia de parejas (STS de 5 diciembre 2005, 8 mayo, 30 octubre y 11 diciembre 2008, 16 junio 2011, 6 marzo 2014 y 16 diciembre 2015). b) La Sala se ha pronunciado sobre la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en la liquidación de relaciones patrimoniales entre los miembros de una pareja no matrimonial: bien para aplicar su existencia cuando concurren sus presupuestos (STS de 6 mayo 2011), bien para negarla cuando existe una normativa específica que regula el supuesto concreto (así en STS de 5 de

diciembre de 2005, en el caso de un condominio regulado por los arts. 392 ss. CC.). c) De modo señalado, la Sala se ha ocupado de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en los casos que dan lugar a las sentencias de 12 de septiembre de 2005, y 8 de mayo y 30 de octubre de 2008).

Aplicación de la anterior doctrina de la Sala estimando el recurso.— Aplicando la doctrina expuesta de esta Sala procede estimar el recurso:

1. La sentencia recurrida no invoca ningún precepto ni explica cuál es el fundamento y la naturaleza jurídica de la pensión que otorga. Ello dificulta el control de la finalidad a la que responde la pensión concedida, el análisis de cuál es su causa y, en consecuencia, la valoración de si los criterios con los que se adopta la decisión de conceder la pensión y fijar su cuantía se adaptan a la finalidad y naturaleza de la pensión con arreglo a las normas de aplicación. La sentencia recurrida «da por reproducida» la jurisprudencia citada por la sentencia de primera instancia. Puesto que no existe un reconocimiento legal expreso de pensión compensatoria en el ámbito de las parejas de hecho, cabe pensar que da por bueno que su fundamento deriva de la interpretación legal mantenida por la jurisprudencia. Lo que sucede es que la sentencia de primera instancia transcribe, sin análisis alguno y sin estructura identificable, varias sentencias sobre pensión compensatoria y otros aspectos de relaciones patrimoniales, dictadas por esta Sala como por diferentes Audiencias Provinciales y referidas a uniones matrimoniales y a parejas no casadas. Ello hace difícil conocer en qué concreta doctrina, de las que se han venido sosteniendo a lo largo del tiempo, y a veces de manera heterogénea en la práctica de los Tribunales de instancia, se está apoyando la sentencia recurrida.

2. La sentencia recurrida utiliza la expresión «pensión compensatoria» siguiendo la terminología del artículo 97 CC hasta la reforma de 8 de julio de 2005 (que sustituyó en ese precepto el término «pensión» por el de «compensación», si bien siguen hablando de pensión los arts. 99, 100 o 101 CC.), pero esta Sala, desde su sentencia de Pleno de 12 de septiembre de 2005, ha descartado la aplicación analógica del régimen matrimonial al cese de la convivencia de una pareja no casada.

3. La sentencia recurrida, además, vincula la pensión que reconoce a la aplicación del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto. Pero esto requiere la concurrencia de un aumento del patrimonio del enriquecido, un correlativo empobrecimiento del actor, la falta de causa que justifique el enriquecimiento y la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de tal principio. En el caso, sin embargo, no puede compartirse la valoración de la sentencia recurrida, a la vista de los hechos probados. Durante la convivencia, la actora no se dedicó en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar familiar, y el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento de la actora y un enriquecimiento del demandado; la convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del demandado, ni el desentendimiento de su propio patrimonio, ni le impidió obtener beneficios mediante el desarrollo de una actividad remunerada. La pensión que se concede en la instancia, por lo demás, no trata de ser respuesta a un enriquecimiento injusto, sino que atiende, aceptando el razonamiento de la demandante, al riesgo de quedar sin empleo, lo que se consideraba posible por la situación financiera de la empresa en la que la actora estaba trabajando y la participación que en la misma tenían la propia actora y el demandado, lo que podría dar lugar al fin del empleo tras el cese de la convivencia.

La estimación del recurso de casación da lugar a que se case y anule la sentencia recurrida en el sentido de dejar sin efecto su pronunciamiento confirmatorio de la sentencia de primera instancia relativo a la obligación del demandado al pago de una pensión compensatoria. De conformidad con el artículo 398.2 LEC no procede la imposición de las costas de este recurso y proceda la devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con el apartado 8 de la DA 15.^a LOPJ. (**STS 15 de enero de 2018**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—En la segunda mitad del siglo xx se ha producido un curioso fenómeno jurídico sobre las relaciones entre el matrimonio y la unión conyugal de hecho, dando por supuesto de que, por primera vez en la historia europea continental se enfrentaban ambas figuras jurídicas. Terminológicamente se ha tratado de dignificar adecuadamente la última, y en vez de *concubinato*, *concubinage*, *konkubinät* se habla de «unión o relación estable *more uxorio*». Entre nosotros, casi la totalidad de Comunidades Autónomas han pretendido estar habilitadas para regularlas jurídicamente, unas veces con base en sus respectivos Derechos forales o especiales, y otras con apoyo en preceptos de la propia Constitución Española en materias del denominado Derecho social. Así se ha podido hablar de un derecho subjetivo a establecer o constituir relaciones *more uxorio*. Y al ser estos similares o paralelos al matrimonio legal, se adopta a este último como modelo, por vía analógica, sin que falten legisladores autonómicos que han llegado a la paridad total de efectos jurídicos. Curiosamente en el tema suele prescindirse de los extensos antecedentes históricos. En el Derecho Romano, después de un imperfecto régimen matrimonial, que no obstante acogieron la definición magistral de Modestino y el atisbo del *honor matrimonii* para diferenciarlo del concubinato, hasta dar a la elaboración canónica medieval que se consagró en el Concilio de Trento. Parece claro que el mero hecho de que un hombre y una mujer decidan libremente convivir y constituir cierta forma de familia, es un hecho reiterado, con mayor o menor intensidad, a lo largo de la historia en todas las civilizaciones occidentales.

¿Hay un derecho subjetivo a hacerlo hoy? El artículo 32 CE formula inequívocamente el *jus connubii* que origina un estado civil familiar, con obligaciones *ope legis* de someterse imperativamente al llamado régimen matrimonial primario. Pero en nuestra legislación civil común no hay un régimen primario para las uniones de hecho. Sigue habiendo cuestiones básicas a las que el legislador no ha proporcionando respuestas claras. Así una relación de hecho absolutamente equiparada al matrimonio obligaría a sus miembros a cumplimentar el aludido régimen primario. Por otro lado, sus consecuencias sociológicas son inciertas. Al resultar muy sencillo vivir meramente en pareja, cabe prever que se debilitaría fácticamente tal imperatividad. Inicialmente los Notarios sufrirían sus efectos. También podría ocurrir que, admitida sin más la relación fáctica, se les reconociera libertad para no someterse a ningún régimen primario obligatorio. Lo que aligeraría el Tít. III, Libro IV, CC.

Por otra parte es sorprendente el formalismo que surge de la aludida proliferación de regulaciones autonómicas de esa presu- puesta unión *libre*.

¿Hay un derecho a no casarse? Sin duda figura en el programa de algún partido de matiz anarquista, pero no parece fácil de configurar. El artículo 32 CE no impone el matrimonio a ningún ciudadano español. Los Tribunales españoles, en contraste, difícilmente reconocerán el matrimonio que algunos países imponen a mujeres menores de edad. Pero si tal orientación prevaleciera en una sociedad occidental, se apostaría decididamente por una progresiva des- población, que podría culminarse al cabo de pocas generaciones. Puede concluirse que en los países occidentales no hay propiamente un derecho subjetivo a no casarse. Mucho menos si se le exigen imperativamente rigurosos requisitos formales. Creo que no podría mencionarse aquí el deber de asegurar la continuidad de generaciones, que solo recae colectivamente sobre los miembros que integran una generación de un país determinado, cuyo cumpli- miento o incumplimiento podrá demostrarse, en su caso, a través de las estadísticas.

Acotado, a mi juicio, el planteamiento teórico del tema, añado que la sentencia, aquí extractada resuelve ejemplarmente el supuesto que podemos calificar de planteamiento inequívoco. Zaira y Olegario tras 22 años de pareja y 16 de convivencia, con dos hijos nacidos en 2001 y 2004, ejercen una acción de declara- ción de ruptura, si bien el tema se centra en la petición por la mujer de una pensión de compensación. Lo singular es que los convi- vientes mantuvieron, tras la ruptura definitiva, relaciones patrimo- niales a través de una sociedad mercantil participada en un 51/49 por el y ella, y que se mantuvo pese a la declaración de ruptura. La sociología estudiará probablemente la superposición de ambos tipos de relaciones. Si bien las meramente económicas no se deta- llan excesivamente. Lo novedoso del supuesto explica la nota de dictarse la sentencia, en pleno, lo que remarca el valor de la juris- prudencia que establece. (G. G. C.)

27. Precario. Reclamación por un tercero de la vivienda familiar cuyo uso ha sido asignado a uno de los cónyuges por sentencia judicial.

Naturaleza del derecho de uso.—El derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (RDGRN de 14 de mayo de 2009).

Necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos dispositivos sobre la vivienda familiar.—Desde el punto de vista patrimonial, el derecho de uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limita- ción de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su caso la autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser califica- do como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a

terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008).

Oponibilidad a un tercero del derecho de uso de vivienda familiar asignado por sentencia judicial. Necesidad de analizar cada caso concreto.—Para indagar sobre si la atribución del uso de la vivienda familiar en sentencia dictada en procedimiento de familia es siempre título apto para alegar la existencia de precario, se debe analizar cada caso concreto.

Efectos del consentimiento prestado por el titular del derecho de uso para la subasta pública de la vivienda. Inoponibilidad del derecho de uso al adquirente del bien.—La titular del derecho de uso, que era carga de la vivienda, prestó su consentimiento al negocio que posibilitaba la futura venta de la vivienda con liberalización de la carga; con lo que no podría oponer su título al adquirente del bien, o lo que es lo mismo al adjudicatario a consecuencia de la enajenación en subasta pública.

Acción de división sobre la vivienda común. Adquisición de la vivienda en subasta pública por el copropietario que instó la acción de división con el consentimiento de la otra copropietaria del inmueble y titular del derecho de uso. Prevalencia de la condición de adquirente de la vivienda en subasta pública sobre cualquier otra relación de pareja o de copropiedad que mantuvieron las partes.—Que la venta se instase por el actor, y sin la carga del derecho de uso de la demandada, no traía causa de la iniciativa unilateral de aquel sino de la convenido por ambos, esto es con el consentimiento de ella, que expresamente asintió en el convenio regulador, aprobado judicialmente, que la atribución del uso de la vivienda para sí y para la menor cesará con la venta de la misma. Por tanto, no cabe oponer el derecho de uso al adquirente o adjudicatario de la vivienda enajenada en pública subasta, con independencia de que este sea un tercero ajeno al núcleo familiar o la pareja de hecho y copropietario del bien, al haber consentimiento expreso de la extinción del uso con la venta de la vivienda.

La atribución del uso de la vivienda a los hijos menores de edad constituye una manifestación del principio del interés del menor. Aplicación analógica del artículo 96 CC a las parejas de hecho.—La sala tiene declarada la aplicación analógica del artículo 96 CC, aunque se trate de proteger el interés de los menores, con independencia de que sus padres estén casados o no, y, de ahí (STS 221/2011, de 1 de abril) que unifique doctrina en el sentido de que «la atribución de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 CC». Cuando se trata de pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige (convivencia de hecho con hijos) por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial (STS 340/2012, de 13 de mayo).

Por tanto, como dispone el artículo 96 CC en su párrafo primero, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos en cuyo interés se establece, si bien ello tendrá lugar, como recuerda la sentencia 277/2016, de 25 de abril, «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez». (STS de 6 de febrero de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La cuestión a resolver se circunscribe a la procedencia o no del desahucio por precario instado por el exconviviente de una unión de hecho en su condición de propietario único de la vivienda contra la titular del derecho de uso del inmueble según la sentencia del Juzgado de Familia dictada, en su momento, en el pro-

cedimiento de divorcio. Se da la circunstancia de que la vivienda pertenecía en copropiedad a ambos y la atribución de la vivienda a la expareja e hija del demandante se realizó en convenio regulador donde se pactó que se adjudicará la vivienda a la menor y su madre hasta que la misma sea vendida o se llegue y haga efectivo un acuerdo de liquidación. Posteriormente y a falta de acuerdo, se instó el procedimiento de división de cosa común y la venta de la vivienda en pública subasta. La titular del derecho de uso de la vivienda se allanó a la realización de la mencionada subasta. La vivienda es adjudicada al padre de la menor que en su condición de propietario único presenta demanda de desahucio contra la titular del uso del inmueble, que, por otro lado, es propietaria única de otra vivienda en el mismo municipio. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estiman el desahucio. Presentado el recurso de casación el Tribunal Supremo lo desestima.

NOTA.—La sentencia se pronuncia, una vez más, sobre la eficacia de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en el ámbito de un procedimiento de familia. La naturaleza del derecho de uso no es una cuestión pacífica (sobre las distintas posturas doctrinales, jurisprudenciales y de la DGRN, *vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. “Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición”, *Actualidad Civil*, núm. 19, 2005, pp. 2309-2356). Aun así, la posición jurisprudencial actual, a partir de las SSTs de 14 y 18 de enero de 2010, es que dicho derecho no tiene la consideración de real, sino familiar, y, que vincula a los cónyuges, ya que les impide efectuar cualquier acto de disposición sobre la vivienda familiar sin el consentimiento de ambos. Sobre la base de esta consideración, se ha fijado una doctrina jurisprudencial que ha dado respuesta a la diferente casuística que suele presentarse en la práctica. Así, por ejemplo, cabe distinguir entre los supuestos en los que se discute sobre la procedencia o improcedencia de la acción de desahucio por precario ejercitada contra el ocupante de la vivienda por un tercero extraño al matrimonio, de aquellos otros en los que la parte actora es la expareja del titular del derecho de uso que además puede ser o bien, copropietario de la vivienda junto con su excónyuge o, dueño exclusivo de la misma. A su vez, en el primer caso, acción instada por un tercero, es posible diferir entre dos hipótesis según la forma de cesión de la vivienda familiar: a título oneroso (cuyos efectos es objeto de regulación por el art. 15 LAU) y a título gratuito. Respecto a esta última se han dictado numerosas sentencias sobre la configuración del derecho de uso del cónyuge no propietario frente a la reclamación del propietario de la vivienda (en este sentido *vid.* CUADRADO PÉREZ, C. “Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia”, *RCDI*, núm. 734, págs. 3149 a 3193). En la sentencia que nos ocupa el demandante de la acción de desahucio por precario es la expareja de la titular del derecho de uso de la vivienda, que fue copropietario del bien hasta antes de que se le adjudicara la totalidad del inmueble en la subasta judicial realizada a consecuencia de la acción de división de la cosa común. El Tribunal Supremo aplicando el principio de

que la doctrina jurisprudencial sobre esta materia debe ser amoldada a las circunstancias concretas del caso (STS 8 de octubre de 2010) falla a favor de la procedencia del desahucio en base a tres argumentos: a) Para la decisión de la controversia debe primar la condición de adquirente de la vivienda en subasta pública sobre cualquier otra relación de copropiedad o de pareja que mantuvieron las partes. Es decir, en el caso concreto lo trata como un tercero y no como un copropietario o excónyuge; b) La subasta fue consentida por la titular del derecho de uso por lo que no cabe ahora oponer su título legitimador de la posesión sobre el inmueble al adquirente del bien y, c) La titular del derecho de uso sobre la vivienda familiar disponía de una vivienda propia en el mismo municipio. (C. O. M.)

28. Reclamación de filiación paterna no matrimonial: Orden de los apellidos.—Son hechos relevantes de las instancias para la decisión de los recursos los que se exponen a continuación:

Don Edelmiro interpuso demanda en reclamación del reconocimiento de paternidad de la menor Palmira, dándose trámite a la misma ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de los de Vigo. La demandada doña Herminia contestó a la demanda admitiendo la paternidad del actor y formulando reconvencción en el único sentido de que se adoptasen las medidas de protección a la menor previstas en el artículo 158 CC, solicitándose la adopción de medidas cautelares y solicitando la inhibición del Juzgado núm. 13 a favor del Juzgado de violencia sobre la mujer al seguirse contra el actor Diligencias previas núm. 183/2014 por malos tratos. Por Auto de 20 octubre 2014 el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 inadmitió las medidas cautelares y la reconvencción formuladas por la demandada al entender que el Juzgado no era competente para la adopción de las medidas solicitadas en aplicación del artículo 158 CC y ello sin perjuicio de solicitarlas ante el Juzgado correspondiente en aplicación del artículos 91 y ss. LEC, si bien se entendió la competencia del Juzgado para el conocimiento de la demanda de paternidad. Por Auto de 2 de diciembre de 2014 el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 se inhibió a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vigo y la remisión de las actuaciones.

Una vez aceptada la inhibición por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vigo, admitió la demanda y se formuló apelación por ambas representaciones que dio lugar al procedimiento núm. 117/2014.

El 16 de octubre de 2015 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer estimó parcialmente la demanda. Declaró que el actor es padre de la menor Palmira con la obligación de pagar en concepto de alimentos los cinco primeros días de cada mes la cantidad de 400 euros. Se establece la patria potestad compartida y un régimen de visitas para el padre de la menor progresivo consistente en que: *Durante los seis meses siguientes a la notificación de la presente resolución la niña podrá estar en compañía de su padre dos horas, desde las 11 horas y hasta las 13 horas, en su lugar de residencia en Vigo; durante los seis meses siguientes la niña podrá permanecer con el padre además de 11 a 13 horas de la mañana, otras dos horas más por la tarde desde las 18 horas a las 20 horas, con el fin de respetar el horario de descanso y baño de la niña; asimismo desde que la niña cumpla dos años, podrá pernoctar los fines de semana que coincidan en tal periodo de disfrute con el padre. Desde*

que cumpla tres años, podrá pasar la mitad de las vacaciones escolares de verano y Navidad con el padre en Suecia o Inglaterra donde el padre se encuentre y las de Semana Santa será disfrutadas en su integridad por el padre. Así mismo ordenó que, una vez fuese firme la sentencia, se procediese a su inscripción en el Registro Civil a fin de que se inscriba en el marginal del nacimiento de la menor que figura como primer apellido el del padre, y como segundo apellido el de la madre.

Contra la sentencia. del Juzgado de Violencia sobre la Mujer se formuló por ambas representaciones recurso de apelación, estableciéndose por sentencia. de 14 de octubre 2016 que, al acoger en parte los recursos de apelación interpuestos por don Edelmiro y Doña Herminia, se revoca parcialmente la sentencia. recurrida y, en consecuencia, se dispone, entre otras: Las medidas acordadas son definitivas, no provisionales, sin perjuicio de eventual modificación futura por alteración sustancial de circunstancias. La custodia corresponde a la madre. Se mantiene el orden de apellidos establecido en la sentencia.

En lo aquí relevante, que son los apellidos con los que debe aparecer inscrita la menor, la sentencia. de la Audiencia Provincial afirma: «Cita el artículo 49 de la Ley de Registro Civil, en su último párrafo que remite la resolución del desacuerdo sobre el orden de los apellidos al Encargado que lo hará según el interés del menor. Solicita que se mantengan los apellidos de la madre y, subsidiariamente que el apellido del padre vaya en segundo lugar. Por de pronto, la exclusión del apellido del padre no es viable. El Código Civil lo prevé en los casos del artículo 111 y ninguna de las previsiones allí contenidas se da en este caso. Pero tampoco hay motivos para excluir el apellido paterno del primer lugar. Se mantiene el orden de apellidos establecido en la sentencia. recurrida, pues ante la falta de acuerdo entre ambos progenitores hemos de estar a lo que disponen los artículos 109 CC y 4.9 RCC. Las razones invocadas por la recurrente carecen de virtualidad, pues en modo alguno puede pensarse que el orden establecido en la sentencia. sea contrario al interés, máxime si se tiene en cuenta que la menor tenía 20 meses al tiempo de la sentencia, lo que implica que el uso de los apellidos de la madre se ha mantenido por escaso tiempo de forma que ningún perjuicio o trastorno causa en un menor, sin proyección social de su vida. Por otra parte, nos parecen artificiosos los temores de la madre que alega que «las connotaciones de Banca Internacional» del apellido Edelmiro le producen intranquilidad por los posibles efectos negativos que pueda suponer para la menor (el apellido paterno no es originario, sino derivado de una petición de cambio).

Recurso de aclaración y complemento: Doctrina general.—Sobre el contenido y alcance de las resoluciones que aclaran otras resoluciones judiciales previas nos hemos pronunciado en múltiples sentencias (por todas, SSTS de 27 de marzo de 2009 y 9 de junio de 2016), en la que hemos indicado que la prohibición de que los Tribunales varíen después de firmadas las resoluciones que pronuncian, contenida en los artículos 214.1 LEC y 267.1 LOPJ, constituye pieza capital del sistema, basada en el principio de seguridad jurídica —artículo 9.3 CE—. Los supuestos que integran el ámbito objetivo de esta posibilidad de aclaración de sentencia son los errores materiales manifiestos y los aritméticos, las omisiones o defectos que fuere necesario remediar para llevarla plenamente a efecto y los conceptos oscuros, susceptibles, respectivamente de ser rectificadas, subsanados y aclarados. Además están sometidos a una rigurosa interpretación restrictiva por su carácter de excepción y por la posibilidad de que

el Tribunal actúe de oficio sin audiencia de las partes o a instancia de una de ellas sin audiencia de las otras. A su vez las SSTC de 18 de diciembre de 2006 y 23 de julio de 2007, establecieron que únicamente son susceptibles de aclaración aquellos extremos que no impliquen un juicio valorativo, o exijan operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni que supongan la resolución de cuestiones discutibles y opinables. Únicamente en el caso de que la corrección material requiera una modificación de lo resuelto, sería admisible una revisión del sentido del fallo, si se evidencia que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo. Tal función reparadora conduce a que en la regulación de la aclaración contenida en el artículo 267 LOPJ coexistan dos regímenes distintos: «De un lado, la aclaración propiamente dicha, referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las Sentencias y Autos definitivos (apartado 1); y, de otro, a rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos (apartado 2)» (STC de 29 de octubre de 2001). En cualquiera de los dos casos se excluye, por definición «el cambio de sentido y espíritu del fallo, toda vez que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras o adicionar lo que falta, debe moverse en el marco interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado» (STC de 11 marzo de 2002, y jurisprudencia allí citada). El Tribunal Constitucional reconoce que el recurso de aclaración puede comportar excepcionalmente una revisión del sentido del fallo cuando «el error material que conduce a dictar una resolución adecuada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación, ex artículo 267 LOPJ, aun variando el fallo» (por todas, STC de 29 de octubre de 2001).

Si se aplica la anterior doctrina al caso enjuiciado procedería acoger la primera causa de denuncia del exceso del auto de aclaración. El error es manifiesto, si bien el recurso incurre en la falta de efecto útil, toda vez que la estimación en nada afectaría a una situación ya consolidada.

En cuanto a la segunda denuncia del complemento del auto, no cabe ser acogida, habiendo también desaparecido el efecto útil del recurso.

Filiación no matrimonial: Apellidos del menor reconocido primero por la madre y luego por el padre: Interés superior del menor: Jurisprudencia consolidada sobre el orden de los apellidos.—Aunque las sentencia las desconocen, o al menos no las citan, lo cierto es que la Sala, como recoge la parte recurrente y el Ministerio Fiscal, se ha pronunciado sobre el orden de los apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en caso de paternidad reconocida en procedimiento de paternidad no matrimonial, a partir de la sentencia de 17 de febrero de 2015.

Recientemente así se recogía, como *ratio decidendi*, en la sentencia de 1 de diciembre de 2017, que afirma, remitiendo a la sentencia de 12 de noviembre de 2015:

– (i) En términos de estricta legalidad vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida no existe duda sobre su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 CC, artículos 53 y ss. de la LRC de 1958, y artículo 109 del RDC. Así, en defecto de la opción prevista en el artículo 109 CC, artículos 53 y ss. LRC y artículo 194 RRC. Así, en defecto de la opción prevista en el artículo 109 CC, que es el caso presente, «el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre...»

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

– (iii) Resulta de sumo interés la Ley de Registro Civil de 21 julio 2011, en cuya Exposición de Motivos se afirma que «en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el artículo VI, relativo a hechos y actos inscribibles: «El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos». Se ha insistido en esa doctrina, con mayor sustento, en las SSTS de 27 de octubre de 2015 y 28 de octubre de 2016, tras haber entrado en vigor el artículo 49 LRC 2011, latiendo en todas ellas como *ratio decidendi* de la cuestión el interés superior del menor que «no aparece definido, precisándose su configuración, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales». Por todo ello, ha declarado la STS de 1 de febrero de 2016 que lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar. «Es cierto que la aplicación de esa doctrina a los supuestos enjuiciados, con cita de 1 STC, Sala 2.^a de 7 de octubre de 2013, ha podido inducir a pensar que el interés del menor solo justifica que no se acceda al cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad sea tardía, Pero, sin embargo, con ser ello un elemento relevante a considerar, no puede ser tenido como único y esencial, pues a juicio de la Sala, se ha de partir de que el menor se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el que entonces se determinó, así como que «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona». «Para salir al paso de esa posible inducción a error se dictó la sentencia de Pleno de 10 de noviembre de 2016, en la que se puntualiza que «la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor

por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor».

Precisamente por no constar ese beneficio, siempre bajo el interés superior del menor, es por lo que procede la estimación del recurso. No obstante, se ha de estar a la petición subsidiaria, pues la de mantener solo los apellidos de la madre no puede acogerse por los mismos argumentos que emplea la sentencia recurrida para desestimarla. De conformidad con los artículos 394.1 y 398.1 LEC se impone a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario de infracción procesal y no se le imponen las del recurso de casación. No ha lugar a hacer expresa condena en las costas causadas en ambas instancias. (STS de 7 de febrero de 2018; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—La sentencia extractada contiene aspectos parciales merecedores de atención, como el relativo al adecuado funcionamiento del recurso de aclaración, en apariencia secundaria, pero de la que algunos órganos judiciales hacen, al parecer, excesivo uso. Aunque el tema básico resulta ser el orden de apellidos que han de imponerse al nacido fuera del matrimonio de sus progenitores, tema en el que muy recientemente la Sala 1.^a ha introducido una interpretación novedosa para lo cual parece que se apoya en una interpretación un tanto acomodaticia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La situación fáctica muestra la evolución sociológica acerca de las habituales conductas de las madres solteras, pues mientras durante el pasado siglo estos trataban fundamentalmente de hacer cumplir a sus parejas los deberes parentales, actualmente resulta más frecuente, de hecho, que la mujer trate de eludir la intervención legal del otro progenitor.

¿Cuándo nuestro legislador asumirá como urgente la tarea de revisar, aclarar y compaginar el *ius filiationis* con el resto del Derecho de Familia? Sin aludir a la ¿definitiva? entrada en vigor de la Ley de Registro Civil de 2011, o más bien ¿llegará quizá esto a derogarse por no uso? (G. G. C.)

29. Acogimiento preadoptivo: Derecho de visita de padres biológicos: Interés superior del menor.—Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se expresan a continuación:

1. Por doña Serafina y don Julio se presentó demanda oponiéndose a que se estableciese el acogimiento familiar preadoptivo de sus tres hijos menores, José Luis (nacido en 2007), Noemí (en 2011) y Delia (2013), interesando la suspensión del procedimiento en cuestión y que se dejase sin efecto la suspensión de las visitas acordadas y contactos con los familiares.

2. En primera instancia, por sentencia, de 15 de enero de 2016 se desestimó la demanda. Se consideró que la Entidad Pública había procedido en forma adecuada dando inicio al procedimiento para la constitución del acogimiento familiar preadoptivo de los menores y que debía rechazarse la propuesta de acogimiento familiar simple. Valora el expediente administrativo y los informes técnicos unidos al mismo de donde se pone de manifiesto el haber incurrido los padres de los menores en diversos supuestos de desprotección de

los hijos que determinaron la adopción de medidas protectoras. Consta los intentos de la Entidad Pública por encauzar a la familia con un pronóstico negativo de recuperabilidad y un desarraigo afectivo de los mismos hacia la madre dado el constante distanciamiento entre ambos, mientras que los informes técnicos revelan un acoplamiento satisfactorio de los menores con su familia acogedora hasta el punto de estar totalmente integrados en su núcleo familiar.

3. En sentencia de apelación de 17 de febrero de 2017 los demandantes insisten en que se ha optado por la modalidad de acogimiento más gravosa para sus hijos, cuando debiera haberse adoptado un acogimiento familiar. La Audiencia Provincial ponderando el interés del menor en relación con la posible reinserción en la familia biológica concluye que si bien del expediente se revela que la situación familiar es complicada, también se reconoce que la madre ha intentado desde el primer momento permanecer cerca de sus hijos, con posturas a veces equivocadas o poco claras. De lo anterior extrae que debe proporcionarse a los progenitores una vía de recuperar la proximidad con los hijos y estima adecuado que se restablezca el régimen de visitas de los progenitores y el hermano, que quedó en suspenso, en los términos que fije el centro y que transcurridos seis meses y a la vista de lo que acontezca se adopte la resolución que estime más adecuada en aras de buscar la integración familiar de ser posible o, en su defecto, la solución que las circunstancias aconsejen siempre en beneficio de los menores.

4. El Letrado de la Junta de Andalucía interpuso contra la anterior sentencia, recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 477.2,3.ª LEC, invocando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

5. El recurso de casación, formulado al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en SSTs de 31 de julio de 2009 y 20 de julio de 2015, se funda en dos motivos: (i) Infracción del artículo 2 de la LO 1/1996, de Protección de Menores y del principio de interés superior del menor. Y (ii) infracción el artículo 173 bis y del artículo 176 apartados 1 y 2. En el recurso extraordinario por infracción procesal, formulado al amparo del artículo 469.1. 1.º y 2.º La Sala acordó admitir el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal. Se opuso a ambos la parte recurrida.

6. El Ministerio Fiscal impugnó los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y los dos motivos de casación, interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

La Sala estima que la esencia del debate, a la vista del planteamiento de los motivos de ambos recursos, se contrae al que contiene el primer motivo de casación. En este se insta de la Sala que declare que el interés superior de los menores ha quedado más protegido por la sentencia de primera instancia que por la recurrida, con la consecuencia de que esta sea casada y confirmada aquella. Si así se pronunciase la Sala sería innecesario entrar en el examen del segundo motivo del recurso de casación, y, por innecesario, tampoco sería preciso hacerlo del recurso extraordinario por infracción procesal, siguiendo lo decidido por la STS de 3 de mayo de 2016.

Suspensión del derecho de visitas: Doctrina jurisprudencial.—Deviene necesario ponderar los argumentos de ambas sentencias, bajo el prisma del interés de los menores, que, en abstracto, afirman las dos resoluciones que le sirven de guía. Procede la cita de la STS de 20 de julio de 2015, a su vez citada por la STS de 2 de diciembre de 2015, que declara lo siguiente:

«La CE de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de esto, con carácter singular, la de los menores. El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la Ley de 11 noviembre 1987, que modifica el CC y la LEC en materia de adopción y otras formas de protección de menores. En ella se contempla el desamparo del menor y la previsión de la tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la Ley cuando aquel se encuentra en esa situación. Con esta Ley tuvo lugar la desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la LO de 15 enero 1996, de Protección Jurídica del Menor. Estas dos leyes son las que vienen a modificar de forma sustancial en el ordenamiento jurídico estatal el régimen de protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 noviembre 1989). En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.

Meritada concreción al caso es la sentada y aplicada por esta Sala, existiendo un cuerpo de doctrina respecto a las decisiones que deben adoptarse en los casos de riesgo para los niños (STS 21 de febrero de 2011). Se aprecia que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquel con otros que pudiesen darle apariencia de serlo, como se aprecia en la sentencia del Pleno de la Sala de 31 de julio de 2009.

Según la Observación General núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño en el ámbito de las NNUU, el interés superior del niño tiene tres dimensiones: «A) Un derecho sustantivo: El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico, o a los niños en general. El artículo 3, párr. 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante

los Tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. C) una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concretos o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales».

Se colige que cuando se tengan que sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, ha de ser primordial el interés superior del niño.

Si tales intereses son los de los niños en relación con sus padres biológicos, el artículo 11.2 de la Ley de 1996 establece como principio rector de los poderes públicos: «a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés; y c) Su integración familiar y social», para concluir que el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (STS de 13 de junio de 2011 y 17 de febrero de 2012); y 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 fin 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 el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (STS de 31 de julio de 2009).

Consecuencias del mandato del artículo 39 CE, de los cambios sociales y de la doctrina que se ha ido creando sobre protección de menores, ha sido la publicación de la LO de 22 de julio de 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la Ley de 28 de julio de 2015 con idéntica finalidad. En concreto, el artículo 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, con entrada en vigor el 18 de agosto de 2015 pero que sirve de guía a la hora de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores, dispone en el núm. 3 que «para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma (...) En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma».

Las anteriores consideraciones son extrapolables al régimen de visitas. En concreto, si favorece el interés de los niños ser visitados por los padres biológicos, en la situación de acogimiento familiar preadoptivo en que se encuentran, o, si por el contrario, podría perjudicarles para su desarrollo físico, intelectual o de integración en su nuevo medio.

La sentencia, de primera instancia motiva su decisión pensando en el interés de los menores, como eje de su decisión. Afirmo que se constata de infor-

mes técnicos «un acoplamiento satisfactorio de los menores con su familia acogedora, hasta el punto de estar totalmente integrados en el núcleo familiar actual, con fuertes lazos afectivos entre los menores y los componentes de la familia acogedora». Al ponderar los intereses de estos, en relación con los de la madre, y partiendo de los informes obrantes en autos que ponen de manifiesto la plena integración de los menores con otra familia con la que han logrado lazos de afectividad, añade que, ante esta realidad «no puede ceder el que la madre haya rehecho su vida o mejorada su situación económica». Frente al derecho de ella «prevalece el interés de estos de vivir un ambiente de afecto y armonía que no va a encontrar junto a los recurrentes, cuya falta de capacidad y habilidades para cumplir respecto de los menores los deberes de patria potestad, han quedado patentes».

Frente a una argumentación tan precisa de la Juzgadora de primera instancia, que persigue evitar que los menores se coloquen en situación de riesgo, con medidas inciertas en sus frutos, cuando se encuentran estables y arraigados en su actual situación, la Audiencia Provincial, a pesar de insistir en el interés del menor, pone el foco de la *ratio decidendi* en los progenitores y en el interés de estos, por encomiable que sea, por recuperar la proximidad de sus hijos, para ofrecerles a aquellos una oportunidad. En ningún momento se analiza qué repercusión negativa podría tener sobre los menores esa aproximación, y si alteraría su estabilidad emocional. Faltan informes precisos que provoquen una convicción suficiente de que la medida acordada no provocaría en los menores un desubicación de su actual entorno socio, familiar y educativo, en el que se encuentran integrados en forma positiva, superando carencias que sufrieron y que motivaron la situación de desamparo.

Procede estimar el motivo, con las consecuencias ya adelantadas. Al asumir la instancia, por casarse la sentencia recurrida en el extremo cuestionado, se desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, que se confirma. No se hace especial declaración en cuanto a las costas causadas por los recursos y en las dos instancias. (STS de 14 de febrero de 2018; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—La regulación jurídica de la adopción en el régimen del Código Civil se encuentra regida por normas administrativas y civiles en una no siempre clara conjunción. Es cierto que la Ley de 1987 supuso una notable desjudicialización de la institución, pero no total pues esta se constituye por un Juez civil que —en último término— no está obligado a aceptar las propuestas del ente público. Por otro lado el Derecho comparado no ofrece modelos uniformes, siendo decisivas las claves sociológicas de la adopción en cada uno de los países analizados. En el caso aquí resuelto hay una dualidad incompatible de enfoques entre órganos jurisdiccionales andaluces a propósito de un tema, aparentemente menor, como es el derecho de visita de los padres biológicos en un procedimiento de la Junta de Andalucía relativo a un supuesto de acogimiento familiar preadoptivo.

Quizá no se fijan con claridad ciertos hechos adyuvantes complementarios: No se sabe si los progenitores están casados entre sí, o si solo mantienen entre sí relaciones de hecho, y resultan tener los menores distintos padres; y si una sola familia acogedora propone hacerse cargo de los tres hijos menores protagonistas (lo que parece

darse a entender) o si son varias las futuras familias adoptantes (lo que complicaría la solución); se habla, en tiempo pasado, de intentos de la entidad pública de encauzar a la familia, pero ¿con fines de reconstrucción o de ruptura?

Personalmente me parece más razonable y prudente la postura adoptada por la Audiencia Provincial, que orilla una cierta anticipación no del todo justificada por parte de la entidad pública que cierra herméticamente toda solución al conflicto surgido entre una parte de hijos menores de una familia que parece haber superado —o está en vías— sus dificultades económicas. ¿Qué ocurrirá si, de hecho, no llega a constituirse la adopción proyectada? ¿O, si lo es, pero la familia adoptante experimenta alternativas? (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

30. Capacidad para testar.—El artículo 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente. Se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad. La finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador. En consecuencia, con independencia de cuál sea la causa que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, y con independencia de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione de manera que la persona recupere sus facultades, el artículo 665 CC ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar.

Existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual. Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea él quien otorgue el testamento. Conforme esas reglas, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido (art. 664 CC). Por eso también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC). Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente, el artículo 665 CC impone una garantía especial adicional: el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos. Ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes. (**STS de 15 de marzo de 2018**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Se trata de un caso de impugnación de dos testamentos notariales otorgados por una mujer con discapacidad intelectual. El primer testamento fue otorgado antes de la sentencia de

incapacitación, pero una vez que el Ministerio Fiscal había instado ya el procedimiento. El segundo testamento fue otorgado con posterioridad a la sentencia que había sometido a la testadora a curatela para la realización de actos de disposición.

El 1 de diciembre de 1993 el Ministerio Fiscal presentó una demanda de declaración de incapacidad de E. El 29 de diciembre de 1993, E otorgó testamento abierto en el que nombraba heredera a S. El 28 de octubre de 1995 el Juzgado dictó sentencia de incapacitación, decretando como régimen protector el de la curatela. El 15 de octubre de 2012, E otorgó nuevo testamento abierto en el que nombraba heredera universal a S y legaba a MC una finca. Intervinieron dos facultativos que aseveraron la capacidad de E para otorgar testamento. E falleció el 29 de octubre de 2012.

El 27 de mayo de 2013, R y F, hijos de JC (único hermano de E), que falleció el 3 de marzo de 1986, interponen demanda contra S y MC. Solicitan la declaración de nulidad de los dos testamentos otorgados por E, por no tener capacidad bastante para otorgarlos o, alternativamente, por no cumplir las formalidades. El Juzgado de Primera Instancia declara la nulidad de ambos testamentos, al no tener E suficiente capacidad para otorgarlos. Fundamenta la nulidad del testamento de 2012 en que para entonces ya existía una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, razonando que la incapacitación para los actos de disposición incluye la incapacidad para poder testar, puesto que el testamento es un acto de disposición de bienes (art. 667 CC). Además, la sentencia de incapacitación no distingue entre unos actos y otros. En cuanto al testamento de 1993, declara el Juzgado que, si bien el testamento se otorgó antes de la sentencia que declara la incapacidad, sin embargo, la dolencia que dio lugar a dicha declaración existía ya previamente.

S y MC interpusieron recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. Según esto, ni la sentencia de incapacitación privó a la causante de la facultad de testar, ni quedó excluida la posibilidad de otorgar testamento conforme al artículo 665 CC. Para enjuiciar la capacidad de la otorgante debe partirse de la opinión profesional del notario y de las médicas que la apreciaron *in situ*, que conocían a la paciente. E revela una capacidad de juicio suficiente y una voluntad clara y coherente expresada en los testamentos, de dejar sus bienes a las personas que le ayudaron.

Los demandantes interpusieron recurso de casación, Alegan, en primer lugar, la infracción del artículo 667 CC, en relación con el artículo 665 CC. La sentencia de incapacitación prohibió expresamente a E la realización de actos dispositivos, entre los que debe incluirse el testamento. Y, en segundo lugar, alegan que la Audiencia declaró que la testadora tenía capacidad para otorgar testamento a pesar de haber reconocido que padecía una discapacidad intelectual leve, incurriendo en arbitrariedad y falta de lógica.

El Alto Tribunal desestima el recurso de casación. Según el Tribunal Supremo, la Audiencia valoró, junto a la opinión profesional del notario y de la médica de cabecera que atendió a la testadora durante catorce años, otro tipo de pruebas, como lo manifestado por la testadora en el previo procedimiento de incapacitación, la realización de otros actos jurídicos antes y des-

pués de la modificación judicial de la capacidad, o la coherencia de la voluntad de dejar sus bienes a las personas que le prestaron su apoyo y en quien confiaba. Y afirma el Tribunal Supremo que la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. Este será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el artículo 665 CC y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes. La sentencia de la Audiencia, mediante la valoración de todas las pruebas, no ha considerado probado que la testadora careciera de capacidad para testar, por lo que esta conclusión debe ser confirmada.

NOTA.—Sobre la necesidad de pruebas cumplidas y convenientes para desvirtuar la aseveración notarial sobre la capacidad del testador, *vid.* las SSTs de 29 de marzo de 2004, de 26 de abril de 2008, de 5 de noviembre de 2009, de 22 de enero de 2015 y de 7 de julio de 2016. (S. L. M.)

DERECHO MERCANTIL

31. Derecho de la competencia. Exención artículo 81 TCE: jurisprudencia actual.—La jurisprudencia actual considera que cuando un acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento núm. 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento núm. 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento núm. 2790/1999 que rectifica expresamente la interpretación anterior, relativa a que tal acuerdo siguiera estando excluido del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE, por dicho Reglamento de exención, hasta el 31 de diciembre de 2006. Esto es, no cabe sumar al período transitorio previsto en el artículo 12.2 del Reglamento, otro período de una duración equivalente al máximo durante el cual un contrato que incluya una cláusula de no competencia puede estar exento en virtud del Reglamento núm. 2790/1999.

Derecho de la competencia. Requisitos de exención: transitoriedad.—Si el acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento núm. 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento núm. 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento núm. 2790/1999.

Derecho de la competencia. Nulidad artículo 81.2 TCE: alcance.—La jurisprudencia europea considera que la nulidad del artículo 81.2 TCE se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del propio acuerdo, y en el campo del derecho interno se admite la posibilidad de nulidad parcial con arreglo al aforismo *utile per inutile non vitiatur*.

Derecho de la competencia. Control judicial nacional: jurisprudencia de la Unión Europea.—La jurisprudencia de la Unión Europea ha establecido que una decisión de compromisos adoptada por la Comisión Euro-

pea relativa a determinados acuerdos entre empresas no impide que los tribunales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas comunitarias en materia de competencia y puedan declarar su nulidad. Así como que las decisiones de compromisos convierten estos en obligatorios, pero no certifican la conformidad de la práctica objeto de tales pronunciamientos con las normas del derecho de la Unión que prohíben conductas contrarias a la competencia. Por tanto, no cabe excluir que un órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que la práctica objeto de la decisión de compromisos es ilegal, porque la decisión de compromisos no puede legalizar de manera retroactiva un comportamiento infractor. No obstante, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden ignorar este tipo de decisiones porque, en cualquier caso, tales actos tienen carácter decisorio.

Derecho de la competencia. Análisis preliminar de la Comisión: alcance.—El principio de cooperación leal, consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, así como el objetivo de la aplicación eficaz y uniforme del Derecho de la Unión en materia de competencia obligan al juez nacional a tener en cuenta el análisis preliminar de la Comisión y a considerarlo un indicio o, incluso, un principio de prueba del carácter contrario a la competencia del acuerdo en cuestión a la luz del artículo 101 TFUE, apartado 1.

Derecho de la competencia. Cláusulas inhibitorias: efectos.—Las cláusulas inhibitorias de la competencia contenidas en contratos pueden contribuir de manera significativa a crear un efecto de exclusión en el mercado español de la venta al por menor de carburantes, dado que, por el contexto económico y jurídico de esos contratos, el mercado era difícilmente accesible para los competidores que desearan instalarse o incrementar su cuota de mercado. El acceso era difícil, en particular, como resultado del peso importante de la integración vertical de los operadores, del efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales, de las dificultades para establecer una red alternativa y de otras condiciones de la competencia (principalmente la saturación del mercado y la naturaleza del producto).

Derecho de la competencia. Restricciones: barrera de entrada.—Los contratos de estas características, al aplicarse en el conjunto del territorio de un Estado miembro, pueden surtir, por su naturaleza, el efecto de consolidar compartimentaciones de carácter nacional, obstaculizando la interpenetración económica perseguida por el Tratado de la UE, máxime cuando las posibles restricciones de la competencia crearían una barrera de entrada.

Derecho de la competencia. Acuerdo celebrado: retroactividad.—Sobre la base de que el acuerdo celebrado por las partes no pueda beneficiarse de la aplicación del nuevo Reglamento 2790/1999, no significa que de modo retroactivo se produzca la nulidad total del contrato, pese a ser válido conforme a la normativa vigente en el momento en que fue concertado, sino que, efectivamente, el cambio normativo sobrevenido no permite que el contrato como tal pueda pervivir y desarrollarse en los términos en que fue concertado. (STS de 8 de marzo de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La representación procesal de S. A. X., S. L. y E de S. S. S. L, interpuso demanda contra R. C. de P. P., S. A., en la que solicitaba se declarase de aplicación a la relación contractual inter partes de cesión de derecho de usufructo y el contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, el apar-

tado 1 del artículo 81 del Tratado de Ámsterdam y que no podía gozar de la exención del mismo artículo por no cumplir las condiciones exigidas, igualmente solicitaba la nulidad radical de la citada relación contractual con indemnización de daños y perjuicios, sin que proceda la restitución de suma alguna a la entidad demandada por la nulidad y extinción anticipada de la relación contractual por considerar que la Estación de Servicio objeto de usufructo se encontraba construida y en el mercado antes de que fuese otorgado el mismo a favor de la demandada, lo que significa que la duración del acuerdo del suministro en exclusiva no podía superar los diez años previstos en el Reglamento 1984/83. La demandada se opuso íntegramente a la demanda. El Juzgado de lo Mercantil núm. 23 de Madrid, dictó sentencia estimando parcialmente la demanda en el sentido de que declaró que la duración de la exclusiva de suministro inicialmente pactada entre las partes no se ajustaba, a partir de 31 de diciembre de 2001, a los límites temporales admitidos por el derecho europeo de la competencia, pero sin que haya lugar a las demás peticiones deducidas en la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de ambas partes litigantes, la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, estimó el recurso de R. C. de P. P., S. A y desestimó íntegramente el presentado por S. A. X., S. L. y E de S. S. S. L. al considerar que cuando se interpuso la demanda no cabía sostener que se estuviese ante un contrato de suministro con exclusiva que, por su duración excesiva, afectase negativamente al Derecho de la Competencia, ya que existía un modo de desvincularse del mismo que las autoridades comunitarias habían considerado que satisfacía las exigencias de aquel. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

32. Normas jurídicas. Irretroactividad: derecho transitorio.—El artículo 9.3 CE vincula fundamentalmente al legislador, puesto que impide que las disposiciones de derecho transitorio de una ley le otorguen una eficacia retroactiva si contiene disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. El juez ha de atender fundamentalmente a las disposiciones de Derecho transitorio que se contengan en una ley y, de no existir, a las normas que con carácter general regulan las cuestiones de Derecho transitorio, esto es, de los efectos de la sucesión de normas en el tiempo, fundamentalmente el artículo 2.3 y las disposiciones transitorias del Código Civil. Si una determinada ley no contiene ninguna norma específica sobre Derecho transitorio, el juez ha de negarle efecto retroactivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.3 CC. Solo si el régimen de Derecho transitorio previsto en una ley otorga a esta un cierto efecto retroactivo, el juez habrá de tomar en consideración lo previsto en el artículo 9.3 CE y en la doctrina del Tribunal Constitucional que lo desarrolla, a efectos de realizar una interpretación de esa norma de Derecho transitorio que sea conforme con la Constitución. Si la regulación sobre Derecho transitorio contenido en una ley es incompatible con el artículo 9.3 CE y no es posible realizar una interpretación conforme a esta, debe plantear la cuestión al Tribunal Constitucional.

Normas jurídicas. Irretroactividad: excepciones.—La jurisprudencia ha declarado que si bien el artículo 2.3 CC dispone que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, la regla *tempus regit actum* (esto es, que los actos se rigen por el Derecho vigente en el momento en que se produjeron) que establece ese precepto tiene diversas excepciones y entre ellas está que se trate de normas interpretativas o aclaratorias.

Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores: consideración.—La regulación de la responsabilidad del administrador social en el TRLSA de 1989, este texto refundido sirvió para trasponer al Derecho interno las Directivas comunitarias vigentes en materia de sociedades mercantiles, lo que supuso una modificación sustancial en el régimen de la responsabilidad del administrador social. Mientras que en el régimen de la redacción original de la ley de 1951, el administrador social respondía frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave (art. 79), en la reforma de dicho precepto llevada a cabo por la Ley 19/1989 y en el artículo 133 del texto refundido de 1989, se estableció que los Administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. El régimen de responsabilidad del administrador se agravó considerablemente, pues además de los casos de malicia, abuso de facultades y culpa grave, se incluyeron, como determinantes de la responsabilidad del administrador, los supuestos de culpa leve o levísima. Por tanto, no puede otorgarse a la regulación legal de la responsabilidad del administrador contenida en el TRLSA de 1989 el carácter de normas interpretativas o aclaratorias del régimen de responsabilidad contenido en la ley de 1951.

Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores: derecho transitorio.—En el caso del TRLSA de 1989, este no contiene ningún régimen específico de Derecho transitorio y se limita a indicar su fecha de entrada en vigor. La Ley 19/1989, de 25 de julio, sí contenía algunas normas de Derecho transitorio, pero ninguna afectaba al régimen de responsabilidad de los administradores establecido en los artículos 79 y 80 de la LSA de 1951, que reformaba. Por tal razón, debe aplicarse la previsión del artículo 2.3 del CC y negar eficacia retroactiva a la nueva redacción de esos preceptos legales reguladores de la responsabilidad de los administradores.

Sociedades Anónimas. Acción social de responsabilidad bajo régimen anterior a la Ley 31/2014: dies a quo.—El artículo 949 del CCo comporta una especialidad respecto al *dies a quo* del cómputo del referido plazo de cuatro años, que queda fijado en el momento del cese en el ejercicio de la administración por cualquier motivo válido para producirlo, si bien se retrasa la determinación del *dies a quo* a la constancia del cese en el Registro Mercantil cuando se trata de terceros de buena fe con fundamento en que solo a partir de la inscripción registral puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese, dado que el legitimado para ejercitar la acción no puede a partir de ese momento negar su desconocimiento. Este criterio extensivo no resulta aplicable cuando se acredita la mala fe del tercero o que el afectado tuvo conocimiento anterior del cese efectivo. Tal es el caso del ejercicio de la acción social por parte de la sociedad, pues en el caso del ejercicio de la acción por parte de la sociedad, esta ha tenido conocimiento del momento en que se ha producido el cese del administrador, sin necesidad de que conste inscrito en el Registro Mercantil.

Sociedades Anónimas. Acción social de responsabilidad bajo régimen anterior a la Ley 31/2014: *dies a quo* para todos los administradores.—No es aceptable la tesis de que solo comienza a correr el plazo de cuatro años del artículo 949 CCo respecto de todos los administradores demandados, desde el cese del último de ellos. No existe ningún obstáculo para que se ejercite la acción de responsabilidad contra un administrador cesado pese a que persistan en sus cargos el resto de administradores contra los que se vaya a ejercitar la acción social de responsabilidad. De aceptar la tesis contraria, la acción de exigencia de responsabilidad contra el administrador cesado en su cargo podría pervivir indefinidamente mientras no cesaran el resto de administradores susceptibles de ser demandados.

Sociedades Anónimas. Acción social de responsabilidad bajo régimen anterior a la Ley 31/2014: prescripción.—Es jurisprudencia unánime y pacífica, relativa a la situación legal anterior a la ley 31/2014, de 3 de diciembre, que introdujo el artículo 241.bis en el TRLSC, la que aplica el régimen de prescripción previsto en el artículo 949 CCo a todas las acciones de responsabilidad de los administradores basadas en su actividad orgánica.

Sociedad anónima. Reparto de beneficios: naturaleza.—La decisión de repartir entre todos los que eran socios el beneficio obtenido por la sociedad no es tanto una decisión propia de la actuación orgánica de los administradores sociales como una decisión de los socios. Dado que en aquel momento existía una coincidencia entre unos y otros, pues los tres únicos socios eran a su vez los tres administradores sociales, lo que de irregular pudiera haber existido en la decisión de enajenar las parcelas propiedad de la sociedad del modo en que se hizo para que los socios pudieran repartirse los beneficios obtenidos por la sociedad con la menor carga fiscal, no es tanto un ilícito orgánico atribuible a los administradores como una decisión adoptada por los socios.

Sociedades Anónimas. Reparto de beneficios: ausencia de daño al patrimonio social.—El hecho de que los beneficios obtenidos por una sociedad sean repartidos entre sus socios no constituye un expolio al patrimonio social. Las sociedades mercantiles son entidades con ánimo de lucro en las que sus socios buscan la obtención de un lucro personal, que pueden obtener porque los beneficios obtenidos por la sociedad den lugar al reparto de dividendos, o porque, de no repartirse esos dividendos, el valor de su participación en el capital social aumente proporcionalmente y obtengan la plusvalía correspondiente si deciden enajenar sus acciones o sus participaciones. No es admisible que se presente como un daño al patrimonio social que los beneficios obtenidos por la sociedad se hayan hecho llegar a todos sus socios, ni que cuando cambia la composición del accionariado, los nuevos accionistas, que han adquirido su participación en el capital social por un precio acorde al valor que tenía el patrimonio social una vez que esos beneficios habían sido repartidos a los socios, acuerden que la sociedad ejercite una acción social en la que se reclame, como reparación del daño a la sociedad, que se reintegren a esta los beneficios obtenidos por los socios, catorce años antes en el caso de este litigio. (STS de 12 de enero de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil F. A. e H., S. A., interpuso demanda contra don M., don F. y doña M. C. solicitando se declare su responsabilidad por la operación inmobiliaria y transmisión efectuada por los mismos como administradores de la mercantil demandante en cuanto a ciertas fincas transmitidas a favor de la también mercantil H. G. D., S. A., por haber sido realiza-

da en beneficio de los administradores y en correlativo perjuicio patrimonial de la sociedad, y en consecuencia, condene a los demandados a que abonen solidariamente a la compañía actora cierta cantidad de dinero con los intereses legales, más los daños y perjuicios, tomando como base los causados a la indicada sociedad en la operación referenciada, al dejar de disponer de la solvencia que tales fincas y activos le proporcionaban, El Juzgado de Primera Instancia número Tres de Roquetas de Mar dictó sentencia en la que desestimó la demanda con imposición de costas a la actora. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la mercantil demandante, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería estimó el recurso revocando la resolución de instancia y condenó a los demandados al pago de cierta cantidad de dinero más intereses legales desde la presentación de la demanda, y absolviendo a doña M. C. de las pretensiones formuladas en su contra. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

33. Abuso de derecho. Concepto: análisis.—El artículo 7.2 CC prevé, en primer lugar, que la ley no ampara el abuso de derecho, y, en segundo lugar, que tal abuso dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. Este régimen supone que el acto constitutivo de un abuso de derecho es contrario al ordenamiento jurídico, y de ahí que no resulte amparado por la ley y que deban adoptarse las medidas judiciales o administrativas que impidan su persistencia y, en su caso, dará lugar a la correspondiente indemnización.

Abuso de derecho. Trascendencia mercantil: alcance.—La contrariedad al ordenamiento jurídico que resulta del artículo 7.2 CC tiene trascendencia en el ámbito societario, a cuyos efectos debe entenderse como la contrariedad a la ley que conforme al artículo 204.1 TRSLC, en la redacción aplicable al caso objeto del recurso, da lugar a que el acuerdo sea nulo y, conforme al artículo 206.1 TRSLC, esté legitimado para impugnarlo el tercero con interés legítimo, que en este caso es el interés que resulta dañado por el acto abusivo. La previsión de que se adoptarán las medidas judiciales que impidan su persistencia ha de traducirse, en el régimen de las sociedades mercantiles, en la aplicación del régimen de nulidad del acuerdo previsto en dicho precepto legal cuando la persona legitimada ejercite la acción de impugnación del acuerdo.

Sociedades Anónimas. Pacto parasocial: concepto.—Se entiende por tal aquel pacto mediante el cual los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos.

Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdo social. Abuso de derecho: requisitos.—La adopción del acuerdo constituye un acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, como establece el artículo 7.2 CC y ha desarrollado la jurisprudencia. La apreciación del abuso de derecho exige: i) el uso formal o externamente correcto de un derecho; ii) que cause daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y iii) la inmoralidad o antisocialidad de esa conducta, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo, esto es, en ausencia de interés

legítimo), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo).

Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdo social. Abuso de derecho: apreciación.—La apreciación del abuso de derecho no exige que concurra otra infracción legal, y en concreto, que se haya infringido un determinado precepto del TRLSC, por cuanto que se trata de una actuación aparente o formalmente amparada en la ley, pero que por las excepcionales circunstancias que en ella concurren, constituye una extralimitación que la ley no ampara y que dará lugar, de acuerdo con lo solicitado por el perjudicado, a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, por aplicación del artículo 7.2 CC.

Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdo social. Abuso de derecho: régimen anterior a la Ley 31/2014.—Con arreglo al artículo 204 TRSLC en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, cuyos dos primeros apartados establecían: Artículo 204. Acuerdos impugnables. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. Por tanto, para que el acuerdo social pudiera considerarse nulo, único supuesto para el que los terceros que acreditaran interés legítimo estaban legitimados para impugnar, era necesario que fuera contrario a la ley.

Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdo social. Abuso de derecho: aplicación del artículo 7.2 CC.—La jurisprudencia declaró que aunque el artículo 115.1 LSA silenciaba el abuso de derecho y el abuso de poder, ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 CC, son contrarios a la ley. Asimismo, la declaración de nulidad, con base en el abuso de derecho previsto en el artículo 7.2 CC, de los acuerdos aprobados en una junta general en cuya convocatoria se incurrió en un abuso de derecho, puesto que aunque su convocatoria se ajustó formal y aparentemente a los preceptos legales que regulan la convocatoria de las juntas sociales, las circunstancias anormales que concurren (el administrador convocante se apartó del modo en que hasta ese momento se venían convocando las juntas en la sociedad, que era una sociedad cerrada de tan solo tres socios) y la finalidad con que se actuó (impedir que los socios titulares de la mitad del capital social asistieran a la junta y adoptar el acuerdo de cese del administrador social enfrentado al administrador convocante de la junta).

Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdo social. Abuso de derecho: supuestos tipificados.—Existen algunos supuestos de abuso de derecho, en especial cuando afectan a conflictos intrasocietarios, en los que la conducta está expresamente tipificada como causa de impugnación del acuerdo social. En tal caso, al supuesto no le es aplicable el régimen general del artículo 7.2 CC sino que ha de estar a lo previsto específicamente en la norma societaria. Así ocurre, por ejemplo, con los acuerdos sociales que, en el régimen del artículo 204 TRLSC anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, incurrían en un abuso de derecho que determinaba la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La jurisprudencia considera que la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse

mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho. Estos supuestos estaban expresamente tipificados en el artículo 204 TRLS, anterior a la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, como acuerdos impugnables (apartado 1) y de carácter anulable (apartado 2), lo que determinaba un régimen específico de caducidad de la acción (art. 205.1 TRLS) y legitimación (art.206.2 TRLS), en el que los terceros ajenos a la sociedad carecían de legitimación, diferente por tanto al de los acuerdos nulos, en los que el plazo de caducidad era mayor y la legitimación más amplia. De ahí que tras reiterar que la ausencia de expresa referencia al abuso de derecho no es obstáculo para admitir que la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho, como consecuencia de lo anterior, no cabe descartar el abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos lesivos, sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el artículo 116.2 de la LSA.

Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdo social. Abuso de derecho: modalidad específica.—El vigente artículo 204 TRLS, resultante de la reforma que llevó a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, prevé una modalidad específica de acuerdo impugnables por concurrir abuso por parte de la mayoría. El apartado segundo del vigente artículo 204.1 TRSLC prevé a este respecto: La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdo social. Abuso de derecho: abuso de mayoría.—Es posible que algunos casos de abuso de la mayoría, más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero cuando la conducta en que consista el abuso de la mayoría revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del artículo 7.2 del CC puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario.

Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdo social. Abuso de derecho: supuestos excluidos.—Existen supuestos en los que el abuso de derecho en que se ha incurrido al adoptar el acuerdo social no es reconducible al supuesto de acuerdo lesivo del interés social específicamente previsto en el artículo 204.1 TRLS, tanto antes como después de la reforma. Ocurre cuando el abuso de derecho que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social.

Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdo social: contrarios a la ley.—La expresión que sean contrarios a la ley que se contiene en el artículo 204.1 TRLS ha de entenderse como contrariedad al ordenamiento jurídico, por lo que es causa de nulidad que el acuerdo social haya sido adoptado en fraude de ley (art. 6.4 CC), de mala fe (art. 7.1 CC) o con abuso de derecho (art. 7.2 CC). Cuestión distinta es que estas cláusulas generales del ordenamiento jurídico hayan de aplicarse correctamente y no de una forma que las desnaturalice. La jurisprudencia en un litigio sobre impugnación de acuerdos sociales, considera que un ilícito (infracción legal) por

principio no es el abuso del derecho, no está declarando que el abuso de derecho no constituya una contrariedad a Derecho en que puede fundarse la nulidad del acuerdo social. Por el contrario confirma la declaración de nulidad de un acuerdo social adoptado con abuso de derecho. Lo que se hace en con esa afirmación es explicar que el motivo del recurso, que citaba como infringido el precepto de la Ley de Sociedades Anónimas en que se habría basado la adopción del acuerdo, está mal planteado, porque el acuerdo había sido declarado nulo por constituir un abuso de derecho, no por haber infringido una determinada norma societaria, de haber estimado la existencia de una conculcación de la norma legal, no tendría sentido el acudir a la doctrina del abuso del derecho. En ese contexto es donde cobra sentido la afirmación de que una infracción legal no es un abuso de derecho, puesto que este supone la conformidad aparente con las normas legales que específicamente regulan la relación jurídica en la que se produce el acto o negocio abusivo.

Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdo social: nulidad.—Lo que provoca la nulidad del acuerdo no es el hecho de que afecte negativamente al derecho de un tercero. El ejercicio de los derechos por parte de sus titulares supone hacer uso de un haz de facultades que, normalmente, afectan negativamente al ámbito jurídico de los terceros, pero eso no los hace ilícitos. De ahí el axioma clásico que afirma que el que usa de su derecho no causa daño a nadie. Lo que provoca la nulidad del acuerdo es que esa afectación negativa al derecho de un tercero o, lo que es lo mismo, el perjuicio para el tercero, ha sido producido por un acuerdo contrario a la ley, y que esa contrariedad a la ley consiste en que el acuerdo constituye un abuso de derecho.

Compensación de créditos. Contabilidad: alcance prohibición.—Que el Plan General de Contabilidad prohíba la compensación de partidas contables del activo y del pasivo no impide que los empresarios sujetos a la llevanza de contabilidad no puedan compensar los créditos que tengan con terceros, cuando concurren los requisitos precisos para que proceda tal compensación, ni les impide imputar los pagos que hagan a terceros a reducir el importe de su deuda, para posteriormente reflejar en el asiento contable correspondiente la cantidad correspondiente que resulte de la compensación de créditos o de la imputación de pagos. (STS de 14 de febrero de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de don J. interpuso demanda contra la mercantil S., S. L. solicitando la nulidad del acuerdo social de ampliación de capital realizado por la demandada en junta universal. La entidad mercantil demandada se opuso a la demanda. El Juzgado de Primera de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña dictó sentencia en la que desestimó la demanda sin imposición de costas. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, estimó el recurso de apelación interpuesto al apreciar abuso de derecho en el acuerdo adoptado, por lo que revocando la sentencia de instancia y declaró la nulidad del acuerdo social de ampliación de capital social con la correspondiente inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil, y, en su caso, la cancelación de la inscripción del acuerdo nulo, con imposición de las costas procesales de primera instancia a la parte demandada y sin hacer especial condena sobre las devengadas en la alzada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

