

Sentencias

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

Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Profesor Titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Gabriel GARCÍA CANTERO (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Jose María MARTÍN FABÁ (Profesor Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Verónica NEVADO CATALÁN (Profesora Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTANA NAVARRO (Profesor asociado de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Actos propios. Retraso desleal.—Según el Tribunal Supremo, que la entidad prestamista ejerza una facultad contractual de vencimiento anticipado, prevista para el caso de que el prestatario deje de ser empleado de la entidad, cuatro años y medio después de producirse el despido y que, además, siga pasando al cobro los recibos mensuales y comunicando al prestatario las revisiones del tipo de interés retributivo pactado, va en contra de los propios actos de la prestamista y supone un retraso desleal al ejercitar la facultad de vencimiento anticipado, por lo que el préstamo vencido anticipadamente debe continuar en vigor. **(STS de 26 de abril de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 11 de diciembre de 2006 una Caja de Ahorros y Nicanor celebraron un contrato de trabajo, por tiempo indefinido, por el que este pasó a ser empleado de aquella. El 17 de marzo de 2008 ambas partes suscribieron un contrato de préstamo, por importe de 195.869 €, con una duración de treinta años. La cláusula novena de dicho contrato contemplaba diversas causas de vencimiento anticipado, entre las que se incluía la siguiente: «Igualmente se considerará vencido el préstamo si el prestatario dejase por cualquier concepto de pertenecer a la plantilla activa de la Caja, sin perjuicio de lo establecido en el Estatuto de Empleados, respecto de las situaciones de excedencia». El mismo día 17 de marzo de 2008 las partes celebraron otro contrato de préstamo, por importe de 128.000 €, con un plazo de duración de treinta años. En este contrato no se contenía una cláusula como la anteriormente transcrita. El 11 de junio de 2008, la Caja notificó el despido a Nicanor. En dicha notificación no se hizo mención alguna a los préstamos, que se siguieron cumpliendo con normalidad por ambas partes, puesto que el prestatario continuó abonando las amortizaciones mensuales pactadas sin objeción alguna de la prestamista y esta incluso le fue comunicando las actualizaciones del tipo de interés variable pactado. Los días 30 de enero y 5 de febrero de 2013, la Caja comunicó al prestatario el vencimiento anticipado de ambos préstamos, por la razón de haber causado este baja en la plantilla de la entidad, y requirió la devolución de los capitales pendientes.

Nicanor presentó una demanda contra la Caja, en la que solicitaba, entre otros pedimentos, que se declarase la vigencia de los dos contratos de préstamo. La entidad demandada no contestó a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declaró la vigencia del segundo de los préstamos. Recurrida en apelación por el demandante la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó dicha sentencia.

El demandante interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima el

recurso de casación, anula la sentencia recurrida, estima el recurso de apelación, revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estima en parte la demanda, declarando por consiguiente la vigencia y efectividad de los dos contratos de préstamo. (J. M.^a M. F.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor y libertad de expresión en relación con el derecho de defensa en un contexto de enfrentamiento.—El Tribunal Supremo, siguiendo la sentencia de 30 de septiembre de 2015, señala la importancia del contexto de polémica o enfrentamiento entre las partes para valorar si la manifestación de expresiones ofensivas tiene la gravedad suficiente como para constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Derecho al honor y libertad de expresión: Actuar en defensa de los propios intereses puede atenuar la carga ofensiva de las manifestaciones.—El Tribunal Supremo mantiene lo declarado en la sentencia de 5 de febrero de 2013 respecto de las manifestaciones efectuadas en el seno de un proceso o para la defensa de los propios intereses. En tales circunstancias, se atenúa la carga ofensiva tanto de las expresiones concretas como del tono irónico empleado, pues el derecho de defensa permite explicar las apreciaciones personales de alto grado subjetivista acerca de los hechos que se denuncian. El derecho de defensa puede incluso amparar la información acerca de una conducta sin relación directa con los hechos objeto de la queja, pero que contribuye a reforzar los argumentos expuestos, por ejemplo, al mostrar que no es la primera vez que el demandante actuaba con la falta de ética denunciada.

La valoración de la afectación de derechos fundamentales no se considera una cuestión probatoria.—Al resolver un recurso de casación que afecte a derechos fundamentales, la valoración sobre la afectación a tales derechos no puede considerarse una cuestión probatoria, sino que la sala asume una tarea de calificación jurídica. Se pronuncian en este mismo sentido las sentencias de 17 de marzo de 2016, 10 de octubre de 2010 o 9 de enero de 2018. El único límite que se plantea es la prohibición de desvirtuar el recurso de casación mediante una nueva valoración de la prueba o mediante la corrección de hechos fijados en la sentencia recurrida. (STS de 24 de abril de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El procedimiento por intromisión en el derecho al honor se plantea entre dos abogados que previamente habían actuado en diferentes procesos judiciales. En concreto, se enjuicia si las expresiones vertidas por el demandado, D. Eduardo, en un recurso de queja presentado ante el Colegio de Abogados de Badajoz vulneraron el derecho al honor del actor, D. Leopoldo.

Con anterioridad, D. Leopoldo había asumido la dirección letrada de un antiguo cliente de D. Eduardo, que reclamaba a este y a su compañero de despacho una indemnización por la responsabilidad profesional tras su actuación, supuestamente negligente, en un procedimiento. La reclamación de responsabilidad frente a

ambos fue desestimada por el Juzgado de Primera instancia y la sentencia se confirmó en apelación.

Posteriormente, D. Leopoldo fue el letrado de la parte demandante en un segundo procedimiento, esta vez por cobro de lo indebido, dirigido contra el compañero de despacho de D. Eduardo. También en esta ocasión, la demanda fue desestimada y la decisión ratificada por la Audiencia.

En relación con el mismo asunto del que derivaban los procedimientos anteriores, D. Eduardo inició un tercer pleito para reclamar los honorarios devengados de su intervención profesional, siendo D. Leopoldo el letrado de la parte demandada. Se dictó sentencia íntegramente estimatoria y se desestimó el recurso de apelación formulado por D. Leopoldo.

Fue durante la tramitación de estos procedimientos, tras haber concluido el primero de ellos, cuando D. Eduardo planteó la queja ante el Colegio de Abogados de Badajoz (ICABA), poniendo en su conocimiento algunas de las manifestaciones que D. Leopoldo había empleado contra él y que, a su juicio, podían ser constitutivas de algún tipo de infracción del Código Deontológico. En su escrito de queja señalaba que D. Leopoldo había calificado de «paupérrima» su actuación profesional, había afirmado que cometió una cantidad de «errores de gran bulto, lo que supone una actuación grosera e inadecuada» y que «el recurso de casación, tan defectuosamente presentado por el letrado Eduardo, es digno de figurar en los manuales de Derecho procesal, sobre cómo no hacer un recurso de casación». D. Eduardo consideraba que dichas manifestaciones no estaban en ningún caso justificadas, calificaba de «mezquina» la actuación de D. Leopoldo y señalaba que la demanda de responsabilidad dirigida contra él había sido íntegramente desestimada, declarándose que su actuación no fue negligente, ni inadecuada, ni tenía errores procesales, siendo dicha sentencia ratificada en la apelación. Además de poner en conocimiento del Colegio esa información, D. Eduardo hizo referencia en su escrito de queja a la existencia de un procedimiento penal en el que se hallaba inmerso D. Leopoldo. En este sentido, incluyó expresiones como las siguientes: «la Fiscalía de Badajoz considera que este sujeto debe acabar en la cárcel y es posible que así sea, y por ello le pide, en su escrito de acusación, un par de añitos de prisión», «la acusación particular estima que lo que se merece es que pase 6 años en el talego», «según ambos, Fiscalía y acusación, Leopoldo habría utilizado su profesión –nuestra profesión– para la comisión de esa actividad delictiva por la que le acusa (al parecer, según esas acusaciones, se ha quedado con dinero de una cooperativa cliente suya)», «tenemos que reconocer que la abogacía abre un mundo de posibilidades delictivas», «espero impaciente el resultado del juicio, y que se haga justicia». D. Eduardo terminó señalando que el objeto de la queja era poner en conocimiento del Colegio los comentarios de D. Leopoldo sobre su actuación profesional, y que el resto del escrito «son simples divagaciones mías que espero que al menos os hayan entretenido o divertido. A mí al menos sí».

Por su parte, D. Leopoldo presentó contra D. Eduardo otro escrito de queja ante el ICABA y solicitó la apertura de un expe-

diente sancionador por el contenido de la queja. Seguidamente, D. Leopoldo se querelló también contra D. Eduardo por presuntos delitos de calumnias e injurias. El ICABA abrió expediente a D. Eduardo y, considerándolo responsable de la comisión de una infracción muy grave, le impuso una sanción de tres meses de suspensión en el ejercicio de la abogacía. Esta decisión fue recurrida y finalmente se apreció que la conducta solo era constitutiva de una infracción leve y la sanción se sustituyó por la de apercibimiento por escrito. Por lo que respecta a las actuaciones penales, el Juzgado de Instrucción procedió a archivarlas al no considerar que los hechos fueran constitutivos de infracción penal.

Tras ello, D. Leopoldo interpone la demanda contra D. Eduardo por intromisión ilegítima en su derecho fundamental al honor y solicita una indemnización de 60.000 € por los daños morales.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo también considera correcto el juicio de ponderación realizado y desestima el recurso de casación planteado por el actor. En atención a las circunstancias del enfrentamiento entre las partes, al ejercicio del derecho de defensa, la veracidad de los hechos y la escasa difusión del escrito, el Tribunal Supremo concluye que el contenido del recurso de queja no alcanzó el grado de ilegitimidad exigible para justificar una condena por vulneración del honor. (V. N. C.)

3. Declaración de discapacidad a instancia del Fiscal: Esquizofrenia: Carácter parcial: Curatela.—Por el Ministerio Fiscal se presentó demanda de juicio verbal especial en materia de incapacitación contra D. Augusto, al amparo de los artículos 124.1.º CE, 435-1.º LOPJ, 749 LEC y artículo 1 y 2-6.º y 7.º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, interesando se declarara la incapacidad del referido demandado por estar afecto de esquizofrenia, enfermedad que le produce una limitación de sus facultades volitivas e intelectivas, impidiéndole gobernarse por sí mismo, ya que si bien, en el ámbito personal es capaz de realizar las actividades básicas de la vida diaria, no es capaz del control y manejo de la medicación, así como tampoco de la administración de sus bienes en forma adecuada, tal y como se desprende del Informe Médico-Forense obrante en autos.

El Ministerio Fiscal interesó la declaración de incapacidad parcial del demandado respecto del gobierno de su persona y bienes. En cuanto a su persona, la incapacidad se limitará a la sumisión al tratamiento médico, manejo y toma de medicación, mientras que en lo referente a sus bienes, el demandado deberá ser incapacitado para la administración, gestión y disposición de sus bienes y de su patrimonio. Designado como tutor de aquél a la Generalitat Valenciana, la cual se considera idónea para asumir la constitución del organismo tutelar.

La sentencia de primera instancia de 13 de julio de 2015 declaró la incapacidad parcial de D. Augusto para el control y manejo de su medicación, así como para la administración, gestión y disposición de sus bienes y de su patrimonio y, específicamente para otorgar testamento, para la conducción de cualquier clase de vehículos, y para la tenencia y uso de todo tipo de armas. Lo sometió a tutela y nombró tutora de él a la Generalitat Valenciana.

Tuvo por probado que el demandado que padecía esquizofrenia, enfermedad que le produce alteraciones de la inteligencia y voluntad, siendo en el ámbito patrimonial incapaz de obrar con conocimiento en un determinado momento, por lo que precisa ayuda y control constante para la administración de sus bienes, así como precisa control y manejo de la medicación.

D. Augusto interpuso recurso de apelación del que conoció la sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, la cual dictó sentencia de 5 de abril de 2017 por la que desestimaba el recurso. Tras valorar la prueba obrante en autos y, especialmente las manifestaciones de los parientes más próximos y el reconocimiento del demandado en la alzada, concluyó el Tribunal que la sentencia de la primera instancia responde al estado real del demandado y que las medidas que adopta para la protección del mismo, por la modificación de su capacidad, gozan de la adecuada proporcionalidad tanto en el aspecto personal, como en el patrimonial.

El demandado interpone recurso de casación basado en dos motivos, de los cuales solo se admitió el primero, por inaplicación de los artículos 1 y 12 del Convenio de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, y los artículos 199, 2000 y 287 CC, así como la vulneración de los artículos 10 y 14 CE y de la doctrina jurisprudencial contenida en STS de 24 de junio de 2013. En su desarrollo alega que existe desproporcionalidad en las medidas adoptadas en la sentencia recurrida, ya que aunque el demandado pueda necesitar supervisión para algunas cosas, mantiene plenas facultades de discernimiento y decisión sobre cuestiones de la vida ordinaria, controla y administra perfectamente su patrimonio. De ahí que partiendo del principio de plena capacidad de las personas deba revisarse el juicio de capacidad realizado siendo solo necesario una supervisión en cuanto a la toma de medicación y tratamiento médico prescrito acorde con el nombramiento de curador que complementa su capacidad sin limitarla. La Generalitat Valenciana se opuso al recurso y solicitó su desestimación. El Ministerio Fiscal apoyó el recurso en el sentido de considerar como adecuada la institución de la curatela para la protección del discapaz, en vez de la institución tutelar, así como en que no cabe la limitación de capacidad del recurrente para otorgar testamento.

Jurisprudencia de la Sala.—Al quedar inalterada la base fáctica de la sentencia recurrida se ha de estimar, en sintonía con el Ministerio Fiscal, el recurso de casación en el extremo de que es más favorable para la persona demandada, la curatela en vez de la tutela.

La STS de 7 de marzo de 2018, con sustento en numerosas sentencias, sostiene que la tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales, si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención de 2006, por la curatela (SSTS de 11 de octubre de 2011, 30 de junio y 13 de mayo de 2015, entre otras), en el entendimiento que en el Código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad.

Si se atiende a los hechos que han quedado probados la institución que más se adecúa a las limitaciones del recurrente es la curatela. Dijimos en la S. de 16 de mayo de 2017, sintetizando la doctrina de esta Sala, que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español

por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta Sala en los últimos tiempos, tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorios y contrarios a los principios de la Convención (así en SSTs de 15 de julio de 2015 y 27 de septiembre de 2017).

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el artículo 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC).

Como ya decidió la Sala en supuesto extrapolable al presente, en STS de 24 de junio de 2013, los hechos que en síntesis se han expuesto, fruto de la valoración de la prueba practicada, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTs de 29 de abril y 11 de octubre de 2009). Es lo que más se compadece con la distinción que respecto a la procedencia de la tutela o la curatela hicimos en la sentencia de 1 de julio de 2014. De ahí que se considere estimar este extremo del motivo para que la sentencia se acomode a la doctrina de la Sala.

No se extenderá la curatela a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo y no se especificase por la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor, ahora curador, según se ha pronunciado la Sala en STS de 8 de noviembre de 2017.

De conformidad con los artículos 394.1 y 398.1 de LEC no se impone al recurrente las costas del recurso de casación. **(STS de 15 de junio de 2018; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—La labor de la Sala 1.^a, mediante reiterada doctrina para incorporar a nuestro ordenamiento las reglas básicas del Convenio de la ONU de 2006, ha sido merecedora de aprobación casi generalizada, pero no siempre su aplicación en la casuística despeja todas las dudas. En el presente caso no consta de modo expreso el cumplimiento del artículo 759.1 LEC en lo relativo al reconocimiento del presunto incapaz por parte del Tribunal —regla habitual de nuestro ordenamiento—, que podría así valorar más comprensivamente la invocada enfermedad de esquizofrenia que genéricamente se atribuye al mismo por el Fiscal como fundamento de su demanda. (G. G. C.)

4. El contenido esencial de los derechos fundamentales.—La regulación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución debe hacerse siempre respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE) y sin imponerles limitaciones que hagan irreconocible el derecho fundamental en cuestión. Ese «contenido esencial» establece un núcleo duro del derecho fundamental que no puede ser afectado por los límites que se establezcan en la legislación orgánica que lo desarrolle o, con carácter general, en las leyes que de un modo u otro puedan afectar al derecho fundamental en cuestión. El contenido esencial es un límite de los límites de estos derechos.

El contenido esencial no limita la tutela que todo ciudadano puede recabar de sus derechos fundamentales ante los tribunales. La idea de que los sujetos sólo pueden invocar el contenido esencial del derecho fundamental cuando pretenden su protección jurisdiccional es errónea. También es errónea la idea de que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental se circunscribe a lo previsto literalmente en la Constitución y que los contenidos adicionales que establecen las leyes orgánicas que los desarrollan son derechos infraconstitucionales, por lo que su tutela ha de solicitarse mediante los procedimientos ordinarios, pero tienen vedado el acceso a los pronunciamientos especiales de protección de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales se regulan en la Constitución mediante preceptos abiertos y de perfiles difusos, que precisan, por lo general, de un desarrollo legislativo para lograr una mayor eficacia. Su contenido protegible no puede fijarse exclusivamente con la Constitución sin acudir a otras normas. Constitución y ley colaboran a la hora de determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, bajo la supremacía de la primera.

Contenido esencial del derecho de asociación.—El hecho de que las facultades derivadas del derecho de asociación tengan expreso reconocimiento en la Ley Orgánica del Derecho de Asociación (LODA), concretamente en el derecho de participación en las actividades y en la estructura de la asociación que el artículo 21.a) reconoce a los socios, no supone que estén ejercitando pretensiones que no tienen su fundamento en el derecho fundamental de asociación. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho es el delimitado por el precepto constitucional y por la ley orgánica que lo desarrolla en aquellas cuestiones que no son meramente accesorias y desconectadas del sentido y finalidad de dicho derecho fundamental. **(STS de 3 de abril de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Varios asociados y colaboradores del Teléfono de la Esperanza de Murcia interpusieron demanda contra la Asociación Internacional del Teléfono de la Esperanza (Asites), ejercitando su derecho fundamental de asociación. Solicitaban la anulación de ciertos preceptos de los estatutos, por ser contrarios al principio democrático, y del reglamento de estructura territorial y funcional de Asites. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la mayoría de los demandantes recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación, declarando, entre otras cosas, la nulidad parcial del citado reglamento porque algunas de sus previsiones suponían modificar los estatutos en materias muy trascendentes.

Asites formuló recurso de casación, alegando, básicamente, la aplicación indebida del derecho fundamental de asociación, pues el artículo 22 CE no contiene la exigencia de funcionamiento demo-

crático interno que le ha sido aplicado, ya que dicha exigencia deriva de normas posteriores meramente legales y, por tanto, su protección no puede acogerse al procedimiento especial de los derechos fundamentales (el principio de funcionamiento democrático no forma parte del contenido esencial del derecho de asociación). El Alto Tribunal desestima el recurso de casación. Señala, en primer lugar, que las previsiones del reglamento de estructura territorial y funcional anuladas lo fueron por afectar a materias reguladas por los estatutos que, por tanto, solo podían recibir una regulación distinta en virtud de una reforma estatutaria, pero no por un reglamento interno. Lo que ha apreciado la Audiencia es que se han realizado reformas reglamentarias contrarias a los estatutos, por lo que se trata de una cuestión de reserva o jerarquía normativa de las normas internas de las que se ha dotado a sí misma la asociación, que resultaría de aplicación incluso en el caso de que no rigiera el principio democrático del artículo 2.5 LODA, con base en el respeto al propio principio de autoorganización de la asociación.

En segundo lugar, la recurrente alega que se ha violado el derecho fundamental de autoorganización, por haberse decretado la nulidad parcial del reglamento. La decisión de la Audiencia anula la capacidad de gestión del órgano autorizado. A esto contesta el Alto Tribunal señalando que la anulación de unos preceptos de un reglamento de ese tipo porque vulneran los estatutos de la asociación no afecta negativamente a la capacidad de gestión de ningún órgano de la asociación, pues la actuación de esos órganos debe respetar las propias reglas de autoorganización de las que la asociación se ha dotado.

Finalmente, la recurrente plantea que el principio democrático impuesto al funcionamiento interno de las asociaciones por el artículo 2.5 LODA es inconstitucional por violación del derecho fundamental de autoorganización de la asociación ex artículo 22.1 CE. Por tanto, solicita que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad de la LODA ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo considera que no concurren las circunstancias que justifican el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad y, en particular, el requisito de la relevancia, en el sentido de que el fallo del recurso dependa de la validez de esa norma. La sentencia de la Audiencia fundó los pronunciamientos impugnados en razones ajenas al llamado principio democrático, por lo que incluso en el caso de que, planteada la cuestión, el Tribunal Constitucional declarara la inconstitucionalidad de aquel precepto de la LODA, la sentencia de la Audiencia debería ser confirmada. En base a todo esto, el Tribunal Supremo terminó desestimando el recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Constitucional, ya desde 1988, señaló que el derecho fundamental se integra no solo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho. *Vid.* su sentencia 51/1988, de 22 de marzo. Sobre el principio democrático de funcionamiento de una asociación como una limitación del principio de autoorganización, *vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional 135/2006, de 27 de abril. (*S. L. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

5. Error en el consentimiento por incumplimiento de los deberes de información en la contratación de un producto financiero complejo donde previamente se ha practicado un test de conveniencia de resultado negativo.—La práctica de un test de conveniencia y la firma de un documento predispuesto en el que se reconoce, por el cliente del banco, que es consciente del resultado del test y del riesgo que se asume no eximen a la entidad financiera del exacto cumplimiento de sus deberes de información ni de la prueba de su cumplimiento en los términos legalmente exigidos. (STS de 17 de abril de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Las sociedades mercantiles A, B, C, D y E, dedicadas a la construcción y explotación de plantas fotovoltaicas, suscribieron respectivamente cinco contratos de permuta financiera de tipos de interés con Banco Santander. Cada contrato tenía un nominal de 600.000 euros, su fecha de inicio era el 2 de junio de 2008 y la de finalización el 26 de mayo de 2010. En el Anexo del contrato se indicaba que las partes podían cancelar anticipadamente el swap, pero soportando los costes que resultaran a precios de mercado. Banco Santander, en cumplimiento de la normativa, realizó los test de conveniencia MiFiD que rechazaban la conveniencia del producto financiero para las sociedades, en atención a sus conocimientos y experiencia sobre el producto. Las sociedades suscribieron un documento donde se daban por informadas de esta vicisitud y declarando ser conocedoras del riesgo que asumían. A partir de 2009 se comenzaron a girar liquidaciones negativas a las sociedades suscriptoras. El 23 de septiembre de 2009, las cinco sociedades demandaron a Banco Santander solicitando la nulidad, por error en el consentimiento de los contratos con restitución de las prestaciones y la condena al demandado al pago de la diferencia entre las liquidaciones positivas y negativas practicadas.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y ordenó la restitución de prestaciones instada por las demandantes. Para su fallo, estimó que no habían sido las demandantes quienes habían solicitado el contrato; que el resultado negativo del test de conveniencia no permitía deducir que el Banco no había incumplido sus deberes de información; y que el error era excusable, pues los representantes de las sociedades no leyeron la información y, si lo hicieron, no la comprendieron.

La Audiencia Provincial, estimando el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda. A su juicio, la confianza de las demandantes en el Banco no les podía eximir de actuar con la diligencia debida en ese ámbito.

Contra dicha sentencia, las cinco demandantes interpusieron recurso de casación.

NOTA.—La Sentencia cuenta con el voto particular del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. (A. I. R. A.)

6. Contratos.—Condiciones generales de la contratación.—Control de incorporación y control de transparencia. Diferencias. Funciones. Aplicabilidad del control de incorporación a cualquier clase de contratos con condiciones generales, intervenga o no un consumidor.—El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato (arts. 5 y 7 LCGC). A tal fin, para superar este control será suficiente con que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas, independientemente de que el adherente o el consumidor las haya conocido y entendido, pues esto tiene que ver más con el control de transparencia y no con el de incorporación (STS de 9 de mayo de 2013). En este sentido, será necesario que se trate de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocerla al tiempo de la celebración del contrato, sin que por ello éste pierda matizaciones o complejidad derivadas de la propia naturaleza de la relación contractual. Siendo exigible que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual.

Condiciones generales de la contratación.—Control de transparencia. Significado. Aplicabilidad exclusivamente a los contratos en los que el adherente es un consumidor.—El control de transparencia implica un plus respecto del de incorporación, pues no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas (SSTJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove). El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula. A diferencia de los controles de incorporación, los de transparencia y abusividad están reservados a los contratos celebrados con consumidores (SSTS de 3 de junio de 2016; 18 de enero; 20 de enero; 30 de enero; 2 de noviembre y 23 de noviembre de 2017; y 10 de enero 2018).

Contrato de fianza en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato principal. Pluralidad de contratantes. Necesidad de que la condición de consumidor se aprecie no solo respecto a los sujetos del contrato principal sino también a los que intervienen en el contrato accesorio de garantía o fianza. No concurre la cualidad de consumidor si existe vinculación funcional entre los fiadores y el contratante profesional.—Si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal,

lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. En consecuencia, la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza. Con lo cual, la protección frente a las cláusulas abusivas puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad (ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15, Tarcâu, con cita de la STJUE de 17 de marzo de 1998, asunto *Diezinger*). Existe el vínculo funcional si los fiadores, como sucede en el presente caso, son los administradores sociales de la mercantil prestataria y, a la par, ostentan una participación en el capital social de la misma que les otorga una posición de preeminencia, con una influencia decisiva en la toma de decisiones de la entidad, de manera que, de facto, su voluntad y la del ente social son coincidentes. (STS de 28 de mayo de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—En 2010 la mercantil HAE, S. L. suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad ACB, S. A., entre cuyas estipulaciones se insertó una cláusula limitativa de la variabilidad del interés según la cual el tipo nominal aplicable no podría ser inferior al 5% ni superior al 15%. En esta operación intervinieron como fiadores solidarios don C., don V., don E., don G. y doña R. A la sazón, los cuatro primeros eran hermanos y se repartían la titularidad del capital social de la prestataria a razón de un 25% cada uno. Además de ello, don E. y don G. eran los administradores de la sociedad. En 2014 la sociedad en su propio nombre y los fiadores presentaron demanda contra la prestamista, solicitando se declarara la nulidad de la cláusula suelo por causar grave desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de ambas partes y no haber sido informados debidamente los demandantes de las consecuencias de su inclusión. Se pidió además la devolución de las cantidades indebidamente cobradas. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la cláusula y desestimó el resto de peticiones. La Audiencia Provincial de Lugo desestimó el recurso de apelación interpuesto por la prestamista. El Tribunal Supremo dio lugar parcialmente al recurso de casación de esta última y declaró la nulidad de la cláusula suelo solo respecto de doña R., al considerar que el resto de demandantes no tenía la condición de consumidor. (*I. D. -L.*)

7. Contratos. Cumplimiento. Imposibilidad sobrevenida de la prestación. Concorre cuando la obligación de pago del tomador del seguro no puede ser cumplida por haber quedado prohibida por la ley.—Al excluir la ley autonómica de presupuestos cualquier fuente obligacional que comporte gastos de acción social, como los que se incluyen en la póliza colectiva de seguro suscrita, y siendo aplicable dicha norma a la relación contractual pese al carácter de mercantil de la tomadora del seguro, dado que estamos ante una sociedad anónima de capital público, ha de concluirse que

nos encontramos con un supuesto de imposibilidad legal de cumplimiento del contrato, en cuanto al pago de la prima, por la tomadora del seguro, que nos reconduce a las previsiones de los artículos 1272, 1182 y 1184 CC. Este último precepto, pese a referirse a las obligaciones de hacer, es también aplicable por analogía a las obligaciones de dar, según una inveterada doctrina jurisprudencial de la que son muestras las SSTS de 17 de enero de 2013, de 19 de mayo de 2015 y de 20 de julio de 2017. Se trata de la manifestación del principio de que no existe obligación respecto de prestaciones imposibles, cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor, que incluso guarda estrecha relación con el caso fortuito (STS de 17 de enero de 2014).

Efectos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en el contrato.—Resolución contractual. Devolución de lo que se hubiera recibido durante la existencia del contrato.—La imposibilidad sobrevenida lleva inexorablemente al incumplimiento contractual y, en consecuencia, cuando la relación obligatoria sea sinalagmática, a la resolución del contrato o, más propiamente, a la extinción de las obligaciones nacidas del mismo con los efectos que hayan podido prever las partes o, en otro caso, los propios de la resolución (devolución de la cosa con sus frutos, y del precio con los intereses). En tal sentido, puesto que la imposibilidad sobrevenida determina la extinción de la obligación, ello no significa que el deudor quede absolutamente liberado sin coste alguno cuando ya había ingresado en su patrimonio alguna contraprestación de la otra parte. Es decir, no puede serle exigido al deudor un cumplimiento que ha devenido imposible pero, en aras de la buena fe y de la equidad, y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto, sí le incumbe devolver las prestaciones que con anterioridad hubiese recibido del otro contratante. **(STS de 26 de abril de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La sociedad mercantil de titularidad pública M. M., S. A. suscribió en 2010 un contrato de seguro, en su modalidad de póliza colectiva sobre las personas, con la compañía G., en la que aseguraba a los empleados de la tomadora para determinados riesgos. Este contrato se fue prorrogando y en abril de 2013 la aseguradora emitió el recibo de la prima anual por importe de 369.824 €. Sin embargo, en julio de dicho año M. M., S. A. le comunicó su decisión de no renovar la póliza con efectos retroactivos al 1 de enero, a la vista de que la nueva legislación prohibía que se pudieran llevar a cabo gastos de acción social, como eran los derivados del seguro. No obstante, durante ese mismo año, y hasta esta comunicación, la tomadora había tramitado diversos siniestros que habían sido atendidos por la aseguradora por un importe total de 75.000 €. La compañía aseguradora demandó a la tomadora reclamando el pago de la prima anual y, subsidiariamente, que se le abonase al menos los gastos de gestión del seguro generados durante aquel año. La demandada se opuso a la primera pretensión y se allanó a la subsidiaria. El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión principal y condenó a la tomadora al abono de la prima anual reclamada. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la tomadora del seguro. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y, con ello, desestimó la pretensión principal

y acogió la subsidiaria a la que se había allanado la demandada en la instancia. (L. A. G. D.)

8. Dación en pago. Concepto: jurisprudencia.—La jurisprudencia entiende que 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.

Dación en pago. Naturaleza jurídica: negocio complejo.—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 activa: concepto y presupuestos.—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, y, además, debe carecer de justificación.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: apreciación.—La concurrencia del perjuicio debe juzgarse de acuerdo con las circunstancias existentes al tiempo de ser realizados los actos de disposición objeto de rescisión.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: ha de ser a la totalidad.—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.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: inexistencia.—No sería un perjuicio si el sacrificio patrimonial no era injustificado, como cuando extinguen pasivos por mayor valor de los derechos cedidos, con lo cual no existiría un detrimento de la masa activa.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: relación con principio de paridad de trato.—Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, no 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 activa: pago en periodo sospechoso.—En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que el crédito 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 natu-

raleza 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*. (STS de 10 de mayo de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), como acreedor concursal de O., S. A., interpeló a la administración concursal para que ejercitara acciones rescisorias concursales sobre determinadas cesiones en pago. Ante la inactividad de la administración concursal, la AEAT presentó demanda en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 en la que ejercitaba acciones rescisorias respecto de las cesiones de plazas garaje en pago de deudas contraídas con distintos acreedores, solicitando la rescisión concursal de la cesión de los derechos sobre las plazas de garaje en pago de los créditos de M. T., S. L., alegando el perjuicio para la masa activa ocasionado por esa dación en pago, en cuanto que vulneraba la *par condicio creditorum*, así como que se dejara sin efecto la cesión, que se ordenara la restitución de los derechos cedidos y que se incluyera el crédito de la cesionaria en la lista de acreedores de O., S. A. La sentencia de instancia desestimó la demanda por entender que con la operación realizada, si bien se había minorado la masa activa del concurso, a su vez se había reducido el pasivo en el importe de las cuotas y gastos de mantenimiento, además de que el precio fijado para la cesión del uso de cada plaza de garaje había sido muy superior al precio de mercado, lo que supone una quita superior a la establecida en la propuesta anticipada de convenio para la que la concursada contaba con más adhesiones que las necesarias para su aprobación. Recurrida en apelación por la AEAT, estimó el recurso y rescindió la cesión en pago de deudas de otorgada por la concursada O., S. A. y la demandada M. T., S. L., entidad esta que habrá de figurar en la masa pasiva del concurso con un crédito ordinario determinado, debiendo reintegrar a la masa activa los derechos cedidos relativos a las plazas de garaje objeto de la *litis*. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

9. Concurso de acreedores. Secciones de calificación: irretroactividad.—La jurisprudencia considera que el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado y ratificado en por la Ley 17/2014 de 30 de septiembre, añadió un inciso final al precepto legal regulador de la responsabilidad concursal, que a partir de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ya no era el artículo 172.3, sino el artículo 172 bis de la Ley Concursal (LC), el nuevo régimen es aplicable en las secciones de calificación que hayan sido abiertas estando en vigor la reforma legal, pero no de modo retroactivo en las secciones abiertas con anterioridad, en las que regirá el régimen general de derecho transitorio conforme al cual las normas no tienen eficacia retroactiva.

Concurso de acreedores. Responsabilidad concursal: naturaleza.—La naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el artículo 172.3 LC no puede considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o

liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador (o, por decirlo en otras palabras, no era necesario otro enlace causal distinto del que resulta *ex lege* de la calificación del concurso como culpable según el régimen de los artículos 164 y 165 LC y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada), y que había sido encuadrada por la jurisprudencia entre los mecanismos que modulaban la heteropersonalidad de las sociedades respecto de sus administradores en la exigencia de responsabilidad por sus acreedores.

Concurso de acreedores. Responsabilidad concursal: nuevo inciso no es norma interpretativa o aclaratoria.—La introducción de un inciso en el régimen de responsabilidad concursal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. (STS de 5 de abril de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—En el concurso de la entidad una vez abierta la sección de calificación del concurso de acreedores de la entidad A. C., S. A., la administración concursal emitió un informe en el que solicitó que el concurso se calificara como culpable por la realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia, por la comisión de irregularidades relevantes en la contabilidad y por el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso. El citado informe señaló como personas afectadas por la calificación, a don T., don C., don G. y a los herederos de don P. para quienes solicitó la condena a la inhabilitación, a indemnizar a la masa activa del concurso con determinada cantidad y a pagar a los acreedores concursales el 50% del importe de los créditos que no percibieran en la liquidación de la masa activa. El Ministerio Fiscal se adhirió al informe de la administración concursal. La sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca calificó el concurso como culpable por la concurrencia de las causas de calificación consistentes en la realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia y la comisión de irregularidades relevantes en la contabilidad, pero rechazó la concurrencia de la causa consistente en el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, y condenó a don T. y a don C. a tres años de inhabilitación y a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa, así como a pagar solidariamente a los acreedores concursales la mitad del importe de los créditos que no percibieran en la liquidación, respecto de este último pronunciamiento, la sentencia condenaba tam-

bién, solidariamente con los anteriores, a los herederos de don P. si bien en este caso el límite de responsabilidad de estos sería del 30% del importe de tales créditos no percibidos en la liquidación. Recurrida en apelación por la representación procesal de don T., don C., don G., los herederos de don P. y por la entidad concursada A. C., S. A., la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestimó los recursos, salvo el planteado por los herederos de don P. que estimó parcialmente al rebajar su responsabilidad desde el 30% del importe de los créditos no percibidos en la liquidación hasta el 15%. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

10. Contrato de permuta. Calificación. Permuta de solar por obra futura recibiendo el dueño del solar participaciones sociales que serían amortizadas cuando fueran adjudicadas las viviendas descritas en el contrato.—Para la interpretación de la voluntad de las partes y la calificación del contrato, es preciso buscar la intención común y el propósito negocial querido por las partes y valorar en qué tipo de contrato encaja el acuerdo vinculante alcanzado, en función precisamente del propósito empírico querido por aquellas. En el presente caso parece evidente que la operación entre el cedente del solar y la sociedad promotora responde a la causa propia de una permuta de solar por obra futura que se articuló mediante la aportación de la finca a otra sociedad a cambio de lo cual recibió unas participaciones que serían amortizadas cuando le fueran adjudicadas las viviendas. En realidad, las partes pretendía un intercambio de prestaciones (solar por obra futura), y toda operación societaria relacionada con la sociedad promotora respondía a una finalidad de garantía de los derechos del propietario del solar. La continua referencia a la permuta que se contiene en el documento, y el hecho de que se previera la amortización de las participaciones adjudicadas al cedente del suelo cuando recibiera las viviendas que les correspondía refuerzan esta interpretación.

La determinabilidad del objeto como requisito del contrato. No hay indeterminación del objeto de un contrato de permuta de solar por obra futura en el que la prestación se fija por un porcentaje de los pisos locales y garajes a construir.—Para los contratos de permuta de solar por obra futura, la Sentencia de esta sala 196/2010, de 13 de abril, declaró que: «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1273 CC, el objeto del contrato debe ser cierto y se considera que tiene esta cualidad cuando pueda ser determinado sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes contratantes. Esta regla es perfectamente aplicable al caso en que el objeto del contrato lo constituyan cosas futuras. La Sentencia de esta Sala de 31 diciembre 1999 ha considerado como tales los locales o viviendas de un edificio en construcción y esta doctrina debe ser aplicada al presente contrato».

«En consecuencia, deben examinarse las cláusulas contractuales específicas para determinar si nos hallamos ante un supuesto de indeterminación relativa o determinabilidad, o bien queda absolutamente indeterminado el objeto; éste es un problema de interpretación. Examinando la cláusula A) de las del contrato de 1995, que rige las relaciones entre las partes, debe concluirse que el sentido dado por la sentencia recurrida a lo acordado es absolutamente correcto y adecuado a los términos contractuales, puesto que la aportación de los solares recibe en compensación el 29% «de los metros cuadrados de la totalidad de los pisos, locales comerciales y garajes que se han de cons-

truir», y, además, la cantidad de 70 millones de pesetas. Tratándose de una cosa que aún no existe, la concreción del objeto es muy clara y no incurre en la prohibición del nuevo convenio contenida en el artículo 1273 CC, al ser éste absolutamente necesario por tratarse de cosa futura, aun no existente ni tan solo en el momento actual, puesto que el nuevo convenio solo fijará las concretas unidades que se incluyen en el 29% atribuido en el contrato».

Aplicando esta doctrina al presente caso, el motivo debe ser desestimado. Puesto que en el contrato se fijaron criterios que permitían concretar las viviendas que debían ser objeto de entrega una vez terminada la construcción. El objeto era determinable y no puede decirse que adoleciera de una indeterminación susceptible de dar lugar a la nulidad de la obligación de una de las partes y, en consecuencia, del contrato. (STS de 21 de junio de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los demandantes impugnan el contrato de permuta de solar por obra futura celebrado por su padre (propietario del solar) con una sociedad mercantil. En el negocio jurídico se pactó que se entregaba un solar a una sociedad promotora, que se comprometía a edificarlo y a cambio se recibiría un porcentaje de la obra futura (278 metros cuadrados de la obra construida, que corresponderán a entre 4 y 5 viviendas de distintos tipos y alturas). Dicho contrato se articuló en forma societaria de manera que el solar se aportó mediante la ampliación del capital social de una sociedad preexistente, recibiendo a cambio el aportante participaciones sociales que representaban el valor de la aportación; dichas participaciones serían amortizadas, mediante reducción del capital, una vez se procediera a la adjudicación de las viviendas. Fallecido el padre, hay un nuevo acuerdo entre el albacea universal de la herencia y la sociedad por el que, ante el desplome inmobiliario generado por la crisis financiera, la sociedad mercantil se comprometía a reducir el capital social mediante la compra de las participaciones sociales propiedad de la herencia yacente conviniéndose como precio el importe de las viviendas y locales que se debían entregar en virtud del contrato de permuta o, en caso de que no se hubieran vendido las casas a terceros, la entrega directa de las fincas.

Los hijos demandaron pidiendo la nulidad del contrato en sus dos formas: nulidad (por indeterminación del objeto) y anulabilidad (por vicio de consentimiento); subsidiariamente solicitaron su resolución por diversos incumplimientos contractuales. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia se pronuncia sobre la validez del contrato de permuta de solar por obra futura desde la perspectiva del artículo 1173 CC. Esto es, lo que se resuelve es si el objeto del contrato cumple con los requisitos de determinabilidad. En algunos supuestos los términos en los que se fija la prestación que debe realizar el cesionario a favor del cedente del solar son tan imprecisos que sirve de motivo a una de las partes para impugnar el contrato. Son los casos en los que la obligación de entrega se designa en base a un porcentaje sobre lo edificado, sin especificar a priori, el número de pisos o locales a entregar, ni sus linderos, superficie, ubicación o tipo de construcción o calidades. El problema se resuel-

ve cuando las partes han previsto el modo de determinar la prestación, aunque sea atribuyendo la facultad de elección a una de las partes, como admite la STS de 10 de marzo de 1990. A falta de previsión, para algunos autores habría indeterminación si las viviendas resultantes son tan distintas y singulares que el comprador no puede considerarse legitimado para realizar la especificación a su voluntad, como si se tratara de un género (en este sentido, CARRASCO PERERA, A; *Derecho de Contratos*. Aranzadi. Pamplona, 2010, p. 286). En contra de la determinación del objeto por medio de porcentajes se pronunció la STS de 10 de octubre de 1997 que declaró nulo el negocio jurídico al entender que no era determinable el objeto del contrato en el que únicamente se había fijado la obligación del cesionario en la entrega del 25% de los bajos construidos y el 10 % de los pisos. Sin embargo, a partir de la STS de 20 de noviembre de 2009 se cambia de criterio y se admite la validez de los contratos en los que no se señalan viviendas concretas, pero sí porcentajes de superficies. El razonamiento es el siguiente: «Del contrato se desprende la determinabilidad de viviendas y locales de negocio que se dan a cambio de unos terrenos –do ut des– que quedan determinados definitivamente al ejecutar el contrato con un criterio de buena fe y racionalidad». Asimismo, en la STS de 13 de abril de 2010 se admite su validez porque «tratándose de una cosa que aún no existe, la concreción del objeto es muy clara y no incurre en la prohibición del nuevo convenio contenida en el artículo 1273 CC, al ser éste absolutamente necesario por tratarse de cosa futura, aun no existente ni tan solo en el momento actual, puesto que el nuevo convenio solo fijara las concretas unidades que se incluyen en el 29% atribuido en el contrato». No resulta problemática la aplicación de esta doctrina jurisprudencial cuando todos los pisos o locales tengan unas características similares o idénticas, de forma que solo se trate de especificar los pisos concretos que hay que entregar de acuerdo con el porcentaje pactado. Ahora bien, en caso que no sea así, se puede pensar que lo que ha habido es un incumplimiento contractual del cesionario, puesto que cuando las partes fijan la prestación por medio de un porcentaje están presuponiendo que todos los pisos o locales son homogéneos. Para terminar, hay que tener presente como, señala DÍAZ MARTÍNEZ, A. *Cesión de solar por obra futura y determinación del objeto*, RDACN, núm. 2/2010, que la cuestión cambia en los casos en que fuera aplicable la legislación de protección de consumidores, que contiene una exigencia rigurosa sobre la información a proporcionar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, como entendió la SAP de Murcia de 11 de diciembre de 2002 al declarar nulo un contrato de permuta de solar por obra futura por indeterminación del objeto al contravenir la normativa de consumo. Aunque posiblemente sea difícil de concebir al cedente del solar como destinatario final del producto cuando en virtud del contrato de permuta del solar por obra futura sea acreedor de la entrega de un porcentaje de las fincas edificadas. (C. O. M.)

11. Condición del consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.—Dentro del concepto de «adquirente» a que aludía la Ley 42/1998 estaba incluido quien actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, aunque tenga ánimo de lucro, siempre que no realice tales actividades con regularidad o asiduidad porque, en tal caso, dada la habitualidad, podría considerarse que realiza una actividad comercial. Así se deriva del artículo 2 de la Directiva 94/47/CE, que fue transpuesta por la citada ley.

La falta de ánimo de lucro ni se exigía en la LGDCU 1984 ni en el artículo 3 TRLGDCU, tras la reforma operada por la Ley 3/2014. Así, se entiende que, con carácter general, en el marco europeo, el consumidor es alguien que actúa al margen o con un propósito ajeno a su actividad profesional. El Tribunal de Justicia ha declarado que la intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de «consumidor». Por tanto, la mera posibilidad de que el sujeto pueda lucrarse con el traspaso o reventa de los derechos de aprovechamiento por turno no excluye su condición de adquirente en el sentido de la Ley 42/1998.

Consecuencias de la falta de fijación del plazo en los contratos de transmisión de derechos de aprovechamiento por turno.—La fijación de un plazo en estos contratos es un elemento esencial de los mismos, exigida por el artículo 3. Su falta determina la nulidad del contrato, por aplicación del artículo 1.7 Ley 42/1998. Esta exigencia de determinación de la duración es aplicable a los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la ley.

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. Cuando la parte actora ha podido disfrutar durante años de los alojamientos que los contratos le ofrecían, por lo que el reintegro del precio satisfecho no debe ser total, sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia, teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años. (**STS de 18 de mayo de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

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 actores demandaron a SV Resort, alegando: 1) que la falta de límite temporal en los contratos hace que proceda su nulidad; 2) su condición de consumidores; 3) la aplicación de la Ley 42/1998 a los contratos litigiosos. Solicitaban la devolución de 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 deri-

vados de dichos contratos, más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda, debiendo los actores abonar a la demandada el precio o valor de las semanas de aprovechamiento disfrutadas.

La demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. Ésta 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. Descartó la procedencia de la nulidad de los contratos porque considero la Audiencia que sí hubo información.

Los demandantes interpusieron recurso de casación, insistiendo en las alegaciones formuladas en primera instancia, que fue estimado por el Tribunal Supremo. Éste comienza afirmando que, dada la fecha de firma de los contratos, la norma aplicable es la Ley 42/1998. Además, afirma la condición de adquirentes de los demandantes, en el sentido de esta norma, en la medida en que no realizan habitualmente operaciones de reventa de derechos de aprovechamiento por turno. La mera posibilidad de lucrarse no los convierte en empresarios. Por otro lado, la falta de indicación del plazo de duración hace que proceda la declaración de nulidad de los contratos. Ahora bien, respecto a las cantidades a devolver, el Tribunal Supremo señala que 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 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.* la STS de 16 de enero de 2017. En relación al criterio del ánimo de lucro aplicado al consumidor, *vid.* las sentencias del TJUE de 10 de abril de 2008, de 25 de octubre de 2005 y de 3 de septiembre de 2015. La obligación de determinar la duración en los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la Ley 42/1998, también se ha aplicado en las SSTS de 29 de marzo de 2016, 22 de septiembre y 21 de noviembre de 2017. Finalmente, la devolución proporcional de las cantidades pagadas en función del tiempo disfrutado de los apartamentos también ha sido objeto de estudio en las SSTS de 29 de marzo de 2016, 25 de octubre, 31 de octubre y 21 de noviembre de 2016, 20 de enero y 15 de febrero de 2017. (S. L. M.)

12. Contrato de encargo y profesional con el abogado: Incumplimiento.—D. Alexander interpone demanda de juicio ordinario contra D. Augusto ejercitando acción de incumplimiento contractual para que se declare que el demandado ha incumplido el contrato de encargo de servicios profesionales suscrito el 9 de abril 2009 con el actor al excederse en su actuación del encargo encomendado; en consecuencia no tiene derecho a percibir los honorarios devengados y reclamados por los procedimientos judiciales y recursos de apelación descritos en el hecho tercero de la demanda al haberse realizado tales procedimientos y recursos sin el conocimiento ni consentimiento del actor. El demandado ha actuado de forma negligente y por tanto es responsable de los daños y perjuicios causados a D. Alexander con la desestimación de tales procedimientos y recursos de apelación igualmente descritos. Todo ello con imposición de costas.

D. Augusto, bajo su propia dirección letrada, contestó a la demanda y, oponiéndose a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, solicitó que se desestimen íntegramente las pretensiones del actor y se absuelva al demandado.

La sentencia de 10 de febrero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan desestimó íntegramente la demanda, con imposición de costas.

La sentencia de 9 de noviembre de 2015 de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real estima parcialmente el recurso de apelación y estimando en parte la demanda declara la negligencia profesional del demandado en relación a los procedimientos ordinario núm. 599/09 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan y verbal núm. 1343/09 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan, debiendo responder de los daños y perjuicios derivados de estos procedimientos, sin obligación por el actor de abonar los honorarios derivados de los mismos, debiendo cada parte abonar las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad, y sin hacer declaración en cuanto a las costas de la alzada.

El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.^o del artículo 477.2 LEC, por oposición a la doctrina jurisprudencial, y se estructura en dos motivos: 1.^o Por infracción del artículos 1101, 1104, y 1258, en relación con los artículos 1542 y 1544 CC, y artículos, 42, 44 y 78 del RD 658/2001, de 22 diciembre y la doctrina jurisprudencial que los interpreta. 2.^o Por infracción de los mismos preceptos del Código civil en relación con los artículos 42, 44 y 78 del RD 658/2001 de 22 diciembre y la doctrina jurisprudencial que los interpreta, con relación al carácter instrumental de los procedimientos de suspensión de obra y acción reivindicatoria respecto al procedimiento principal de reclamación de daños.

Hechos probados declarados en la sentencia de la Audiencia Provincial.

Es una cuestión no controvertida que el demandante celebró un llamado contrato de permuta con la constructora Alcancons SL en septiembre de 2007, por el que permutaba un terreno de su propiedad a cambio de otro de esta constructora, que a la sazón estaba construyendo un edificio junto a la casa del demandante, y la entrega de 25.000 euros. De estos pactos parece que recibió 6.000 euros, debido al cambio de la constructora pues la constructora Cervantes Martínez SL asumió la continuación de la edificación, y se dejaron de cumplir con el resto de compromisos que inicialmente Alcancons SL asumió en el contrato de permuta. Ello es lo que dio lugar a la contratación como abogado del demandado, firmando un contrato de encargo, en el que literalmente

se dice que esa contratación lo es para «la resolución del contrato de permuta de fecha 2 de septiembre de 2007 signado con Alcancons SL.»

Como consecuencia de esta contratación de servicios profesionales, el Abogado demandado, además de remitir una carta a la administración concursal de Alcancons para incluir dentro del pasivo los 19.000 euros que restaban por pagar, entabló un procedimiento ordinario en reclamación de daños, un procedimiento ordinario ejercitando una acción reivindicatoria y un juicio verbal de suspensión de obra nueva, estos dos últimos, ante la desestimación en primera instancia, con los correspondientes recursos de apelación.

Con los anteriores datos, y los que después se analizarán, la cuestión controvertida es si podemos considerar correctamente realizado el encargo, teniendo en cuenta que estamos ante un arrendamiento de servicios donde la corrección de ese cumplimiento no puede medirse por el éxito final de las pretensiones del cliente, sino por el correcto trabajo profesional desarrollado, ello desde las varias perspectivas que eso implica, tales como la correcta información al cliente, la elección razonable de las acciones entabladas y otras actuaciones no judiciales para el buen fin del encargo, y la corrección en el seguimiento y actuación dentro de los procedimientos entablados.

Naturaleza y efectos del contrato de encargo de servicios profesionales y procedimientos dirigidos por el letrado.—Augusto y Remigio, abogados del I. C. de Ciudad Real, con despacho profesional en dicha ciudad, de una parte. Y de otra, en calidad de cliente, D. Alexander, casado y de profesión transportista, vecino de Alcázar de San Juan convienen en firmar un contrato, con fecha 6 de abril de 2009, incluyendo siete cláusulas de las que destacan las siguientes: 1.^a D. Alexander encarga a Augusto y a Remigio la dirección técnica de la resolución del contrato de permuta de 2 de noviembre de 2007 signado con Alcancons SL. 2.^a En concepto de provisión de fondos el Sr. Alexander ingresará a los letrados firmantes en el concepto de provisión de fondos la cantidad de 500 euros. 6.^a Se hace constar que para interponer los recursos de apelación, revisión o amparo constitucional, eventualmente dimanantes todos ellos del asunto encomendado, los letrados firmantes deberán recabar previamente del Sr. Alexander, autorización previa. 7.^a Cualquier duda, cuestión o diferencia que pueda surgir para determinar en definitiva el importe de los honorarios devengados, con motivo del asunto objeto del presente contrato, será sometida a arbitraje de equidad.

El Letrado demandado inició los siguientes procedimientos: a) Procedimiento ordinario 1347/2009 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan sobre reclamación de daños, fijados en la cuantía de 55.418, 61 euros. b) Procedimiento ordinario 599/2009 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan sobre acción reivindicatoria, fijando la cuantía en 44.535, 40 euros. c) Recurso de apelación seguido ante la Audiencia Provincial de Ciudad Real dimanante de los autos citados. d) Procedimiento verbal 1343/2009 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan sobre suspensión de obra nueva, fijando la cuantía en 92.904, 96 euros. El procedimiento por reclamación de daños terminó con un acuerdo de pago de 28.000 euros al ahora demandante. El procedimiento relativo a la acción reivindicatoria terminó con la desestimación de la demanda, al no probarse que la obra ejecutada por la demandada hubiese ocupado terreno perteneciente al demandante. En el procedimiento verbal de suspensión de obra nueva fue desestimada la demanda y estimado parcialmente el recurso de apelación, exclusivamente en cuanto a las costas.

El letrado cursó las siguientes reclamaciones de honorarios: a) Por el ejercicio de la acción reivindicatoria las sumas de 7.823,70 euros en primera instancia, y 4.411,02 euros en apelación. b) Por la suspensión de obra nueva, 11.723,63 euros en primera instancia y 7.369,58 euros en apelación. c) por la reclamación de daños juró honorarios por importe de 5.358,56 euros.

Doctrina jurisprudencial sobre la relación jurídica abogado-cliente.-

La sentencia de 12 de mayo de 2009 declara que: «El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. La responsabilidad por negligencia o morosidad concurre cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita, si, como normalmente ocurre, está en su mano, haber actuado con el grado de cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos». La sentencia de 22 de abril de 2013 declara. «La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato. El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, a las que son consecuencias necesarias de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual. El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos. La jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios. La sentencia de 23 de mayo de 2006 declara que «la calificación jurídica de la relación contractual entre Abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos, salvo muy concretas excepciones, de contrato de prestación de servicios que define el artículo 1544 CC. La prestación de servicios, como relación personal *intuitu personae* incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 CC. y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento deficiente de la obligación que corresponde al profesional que da lugar a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que en ellos traigan su causa».

Decisión de la Sala sobre el deber de información al cliente por el abogado.—Ha lugar a estimar ambos motivos. En la sentencia recurrida se declara que «ciertamente no se puede afirmar que del ejercicio de esas acciones no tuviera conocimiento el demandante, pero sí puede afirmarse el desconocimiento de las concretas acciones, sus significados y finalidad». Añadiendo que: «Por tanto, no se trata de que el demandante no conociera que se estaban entablado acciones, de hecho otorgó poder y pagó peritos, provisiones de fondos, etc., sino que lo que desconocía era la finalidad de tales acciones». A ello cabe añadir que el demandante declaró como parte, tanto en el procedimiento relativo a la acción reivindicatoria como en el que se solicitaba la suspensión de la obra.

Esta Sala debe declarar que habiéndose concertado un contrato de encargo de servicios profesionales, relativo a la resolución del contrato de permuta, ello conlleva extremar el celo interpretativo en relación con otras acciones ejercitadas por el letrado al margen de dicho encargo profesional (art. 1544 CC), pudiendo acreditarse que el encargo efectuado al abogado es más amplio que el contenido en el contrato escrito (art. 1278 CC).

En el presente litigio consta por ser un hecho probado, que el cliente conocía todos los procedimientos entablados por su abogado, los cuales guardan relación de causa a efecto entre lo solicitado procesalmente por el abogado y lo encomendado por el cliente, por lo que la obligación de información del abogado con su cliente quedó plenamente cumplida (art. 42 del RD de 22 de diciembre de 2001). En este sentido consta que el cliente entendió que se le habían usurpado metros cuadrados, lo que motivó la acción reivindicatoria y que se produjeron fisuras continuadas en la vivienda del demandante como consecuencia de obra nueva, basado ello en el informe pericial encargado por el demandante.

Por todo ello, debe declararse que el demandado Sr. Augusto no incumplió las obligaciones contratadas, dado que éste respetó el compromiso de defender los intereses de su cliente al que tuvo informado de las acciones ejercitadas, las que se plantearon con el conocimiento y consentimiento del cliente, concurriendo conexión entre las pretensiones del cliente y las demandas y recursos interpuestos, cuya dirección se desarrolló bajo el dictado de la *lex artis*, es decir con arreglo a una adecuada práctica profesional de la abogacía.

De lo expuesto cabe concluir que el demandante conocía todas las acciones ejercitadas, los procesos pendientes y la finalidad de las mismas, a través de la información facilitada por su abogado, por lo que procede estimar el recurso de casación y asumiendo la instancia confirmamos la sentencia de 10 de febrero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan. No procede imponer las costas de la casación, con devolución del depósito para recurrir. Se imponen al actor las costas de su recurso de apelación. **(STS de 6 de junio de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—En la normativa de las relaciones jurídicas entre el abogado en ejercicio y su cliente, además del régimen que cada Colegio profesional dispone para sus inscritos, es ineludible tener en cuenta las reglas procesales aplicables a cada una de sus intervenciones ante los Tribunales. Resulta de ello una inevitable complejidad que, en ocasiones, puede originar dudas interpretativas. La solución adoptada en este caso es plenamente de aceptar ante una pretensión, un tanto singular del cliente demandante. (G. G. C.)

13. Préstamo mercantil no documentado: fijación del plazo de devolución del principal y devengo de intereses moratorios conforme a la norma especial del artículo 313 CCO. Significado del requerimiento de pago previsto en el precepto.—La determinación del plazo de vencimiento de un préstamo mercantil concedido sin plazo de devolución se realiza atendiendo a si concurre el requerimiento de pago previsto en el artículo 313 CCO, norma especial que desplaza al artículo 1128 CC. Por ello, no se precisa que el acreedor solicite del Tribunal, conforme al último precepto, la fijación del plazo de exigibilidad de la devolución. De acuerdo con el artículo 313 CCO, los préstamos mercantiles en los que no se haya acordado un plazo de devolución serán exigibles desde que transcurran 30 días a contar desde la fecha en que el prestamista requiera de pago al prestatario. Aunque este precepto se refiere a un requerimiento notarial, se admite cualquier otra forma de requerimiento de pago que permita acreditar su existencia y momento de realización (STS de 5 de octubre de 1957). No constituye requerimiento de pago la convocatoria del prestatario a una junta de la sociedad prestamista que tenía por objeto acordar sobre la reclamación de la deuda. En cambio, la notificación de la demanda al prestatario sí comporta un requerimiento de pago a los efectos del artículo 313 CCO. La morosidad y el devengo de intereses de demora en los préstamos mercantiles sin plazo de devolución acordado se produce transcurrido el referido plazo de 30 días, al ser el artículo 313 CCO una norma especial respecto del artículo 63 del mismo cuerpo que, con carácter general, vincula a la interpelación judicial, sin espera adicional, los efectos de la morosidad de las obligaciones mercantiles sin plazo acordado. (STS de 5 de abril de 2018; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Una entidad mercantil concedió dos préstamos de 50.000.-€ cada uno a un socio y administrador en ese momento de la sociedad. Tales préstamos no se documentaron por escrito ni se fijó plazo de devolución. Al cabo de cuatro años se convocó al prestatario, mediante burofax, a una junta que tenía como orden del día la reclamación de deudas de los socios. Un año después la entidad mercantil interpone demanda en reclamación de la restitución del préstamo más los intereses de demora devengados hasta ese momento. El demandado opuso que el préstamo no resultaba exigible al no haber sido requerido conforme al artículo 313 CCo. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó a la devolución del principal por apreciar su exigibilidad desde el emplazamiento judicial y, por idéntica razón, a los intereses devengados a partir de entonces. Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Audiencia Provincial confirmó que el préstamo se convirtió en exigible con la intimación judicial. El demandado interpone recursos por infracción procesal y de casación. El primero es desestimado con fundamento en que no cabe impugnar, sino por vía de casación, la valoración jurídica realizada por la Audiencia Provincial sobre el requisito del requerimiento de pago; y en que no hubo incongruencia *extra petita* al concederse intereses moratorios desde la interpelación judicial, dado que la actora solicitó en su suplico «los intereses que se devenguen hasta el completo pago». El recurso de casación se estima en parte en el único extremo de fijar la exigibilidad del préstamo y el consecuen-

te devengo de intereses moratorios a partir del transcurso del plazo de 30 días desde el requerimiento realizado al notificarse la demanda. (F. S. N.)

14. Reclamación de gastos de asistencia sanitaria a un paciente a los terceros obligados al pago.—Una intervención médica del sistema público de salud a un ciudadano del Espacio Económico Europeo realizada bajo la cobertura de una póliza de seguro de salud privado —y no de la Tarjeta Sanitaria Europea— justifica la reclamación de los gastos inherentes al servicio sanitario por parte de la Administración de sanidad, pues la prestación que se recibe es de naturaleza privada y no se realiza en el ámbito del sistema de cobertura público europeo (arts. 83 Ley 14/196, de 25 de abril, General de Sanidad y 105 LCS). (**STS de 11 de abril de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Un ciudadano de nacionalidad holandesa recibió diferentes servicios médicos por parte del sistema español público de salud en el hospital del Mar de Barcelona, en virtud de un convenio con la empresa Gestiorsa Catalunya, S. L. Los servicios generaron una factura de unos 15.458,46 euros. La prestación de tales servicios tuvo lugar sobre la base de una póliza de seguro privada que el ciudadano holandés tenía suscrita con la compañía IZNV.

Gestiorsa formuló demanda contra IZNV reclamando la condena al pago de la cantidad de 8.678,64 euros, como diferencia entre el total facturado y la cantidad abonada extrajudicialmente por la demandada holandesa. A juicio de esta última, la cobertura había sido de carácter público, por lo que solamente le correspondía abonar el precio de las tarifas públicas, esto es, la suma pagada extrajudicialmente.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la reclamación de cantidad de Gestiorsa, al considerar que la prestación no fue de naturaleza pública, ni estaba acogida a la normativa europea sobre asistencia sanitaria, sino que fue una relación jurídica privada entre un centro médico y la compañía de seguros de paciente.

Ante ello, IZNV interpuso recurso de apelación que la Audiencia Provincial estimó en su integridad, habida cuenta de que la relación entre IZNV era de carácter privado pero impuesta por la legislación holandesa y su sistema de seguridad social.

Gestiorsa interpuso recurso de casación frente al fallo de la Audiencia. (A. I. R. A.)

15. Seguro de vida: posible suscripción a través de mandatario del tomador. Carácter personalísimo de la declaración sobre el estado de salud del asegurado. Deber de declaración del riesgo (art. 10 LCS): dolo del asegurado.—Resulta posible la suscripción de un seguro de vida a través de representante (art. 1727 CC) sin que ello suponga un seguro sobre la vida de un tercero, cuya validez exigiría la concurrencia de interés del asegurado conforme al artículo 83 LCS, dado que la condición de tomador y asegurado recae sobre el representado. Por este motivo, tampoco resulta aplicable el artículo 7 LCS que para el supuesto de que asegurado y tomador sean perso-

nas distintas, impone a éste «las obligaciones y deberes que derivan del contrato» (...) «salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado». Así, el deber de declaración del riesgo (art. 10 LCS) recae sobre el representado que concentra las condiciones de asegurado y tomador. No obstante, la cumplimentación del cuestionario de salud no puede realizarse a través de representante al constituir un acto personalísimo del asegurado puesto que los datos de salud son privados y, además, de carácter personal especialmente protegidos de acuerdo con el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. A pesar de la inexistencia de cuestionario de salud por ser cumplimentado por el representante, las especiales circunstancias concurrentes no excluyen el dolo del asegurado (art. 10 LCS) que es lo relevante al impedir a la aseguradora valorar adecuadamente el riesgo, por lo que carece de relevancia que la cláusula de exclusión de cobertura por enfermedades preexistentes sea calificada como limitativa de los derechos del asegurado o como delimitadora del riesgo cubierto. **(STS de 10 de mayo de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Dos hermanas que vivían juntas suscribieron con una entidad bancaria un contrato de préstamo por importe conjunto de 200.000.-€, y en la misma fecha un seguro de vida con una compañía de seguros del mismo grupo empresarial con cobertura de fallecimiento y un capital asegurado de 100.000.-€ en cada caso. La póliza que aseguraba la vida de la hermana premuerta fue firmada por su hermana en virtud de un poder notarial general que le autorizaba a concertar contratos de seguro. Esta misma apoderada rellenó el cuestionario de salud de su hermana en el que respondió negativamente a las preguntas referentes al padecimiento de enfermedades del corazón y hospitalizaciones previas, cuando lo cierto es que padecía desde hacía años una patología cardiovascular. Mediante una condición particular de la póliza se excluyeron «*los siniestros a consecuencia de enfermedades o accidentes originados con anterioridad a la entrada en vigor de este contrato*». La asegurada falleció a los pocos meses tras someterse a una intervención quirúrgica para paliar su patología cardiovascular. La madre y hermana de la fallecida, como beneficiarias, interponen demanda frente a la compañía aseguradora en reclamación de la suma asegurada más intereses del artículo 20 LCS. Se alega que el seguro estaba vinculado al préstamo y fue una exigencia de la entidad bancaria; no se había ocultado el riesgo porque las patologías cardiovasculares se mostraron asintomáticas, y que el cuestionario de salud era genérico, había sido cumplimentado por la entidad aseguradora y no se había presentado a la asegurada. La aseguradora se opuso a los argumentos anteriores. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial apreciaron la validez del contrato de seguro suscrito por medio de la hermana apoderada y la cumplimentación del cuestionario de salud por ésta; que el cuestionario fue suficiente y que se incumplió el deber de declarar el riesgo. Se interpone recurso por infracción procesal que es desestimado al centrarse en cuestionar la pertinencia de la valoración por la sentencia recurrida de una determinada prueba, y en una falta de motivación que en realidad es una cuestión de fondo. El recurso de casación interpues-

to se articula en dos motivos por existencia de interés casacional, tanto en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala como en la de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales. El primero se funda en la infracción de los artículos 10 y 89 LCS sobre el carácter genérico del cuestionario de salud, la ineficacia del cumplimentado por persona distinta del asegurado, el deber de declarar el riesgo cuando el seguro está vinculado al préstamo, y el carácter personalísimo del cuestionario de salud. El segundo motivo se apoya en la infracción de los artículos 3 y 91 LCS al considerarse que no se cumplen los requisitos del primero al poseer carácter limitativo la cláusula de exclusión de cobertura por enfermedades preexistentes, que por ello debía ser aceptada expresamente por la asegurada, lo que no ocurrió. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación).

NOTA.—La sentencia resuelve los casos frecuentes en los se opone frente a la reclamación del pago de la suma asegurada el incumplimiento del deber precontractual de declarar el riesgo (art. 10 LCS), el cual de producirse por dolo o culpa grave libera al asegurador del pago [sobre la aludida naturaleza precontractual, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro*, (dir. F. Sánchez Calero) Navarra, 2001, p. 214]. Concretamente, la sentencia deslinda la suscripción del seguro a través de representante, del seguro sobre la vida de un tercero, distinción también secundada por VEIGA COPO, A. B., *Contratos de Seguro*, en *Tratado de Contratos*, vol. 5, (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano; N. I. Moralejo Imbernón, y M. S. Quicios Molina), Valencia, 2013, p. 6544. Algunos autores han rechazado el carácter personalísimo del deber de declarar el riesgo y cumplimentar el cuestionario de salud [*vid.* SÁNCHEZ CALERO, op. cit., p. 216, quien lo califica como una declaración de ciencia, por lo que puede realizarse por tercero; y LATORRE CHINER, N., *Comentario al artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro*, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (coord. por J. Boquera Matarredona; J. Bataller Grau, y J. Olavarría Iglesia), Valencia, 2002, p. 165, quien observa que la declaración del riesgo por tercero cumple con la finalidad perseguida por la norma que es el conocimiento por el asegurador del estado del riesgo para poder valorarlo de forma adecuada]. El Tribunal Supremo ha calificado tal deber como personalísimo en los casos en que un agente de la aseguradora rellena el cuestionario de salud (cfr. SSTS de 31 de mayo de 1997 y 17 de septiembre de 2007). (*F. S. N.*)

16. Hipoteca inmobiliaria. Cláusula suelo. Transacción. Cosa juzgada.—El Pleno del Tribunal Supremo considera que el acuerdo suscrito entre una entidad de crédito y un prestatario consumidor por el que aquella se compromete a reducir la cláusula suelo y este a renunciar a las acciones que pudiera tener relativas al tiempo en que se aplicó la cláusula, es un contrato de transacción, pues las partes, mediante recíprocas concesiones, tratan de evitar una controversia judicial sobre la cláusula controvertida. Además, el Pleno del Tribunal Supremo señala que las transacciones que enjuicia en el presente caso cumplen las exigencias de la transparencia, pues los consumidores conocieron las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación,

esto es, que se reducía el límite mínimo de interés y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en los contratos originarios. En este sentido, el Pleno del Alto Tribunal sostiene que, debido a la difusión en la opinión pública general de la STS de 9 de mayo de 2013, los consumidores conocían que las cláusulas suelo podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia. Por último, el Pleno del Tribunal Supremo pone de relieve que la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de la cosa juzgada previsto en el artículo 222 LEC, por lo que no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la validez del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos. **(STS de 11 de abril de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 11 de septiembre de 2007 Carolina y Marcial compraron a una Promotora una vivienda, subrogándose en el préstamo hipotecario que había sido concedido a esta por la Caja de Ahorros el 4 de abril de 2006. Ese mismo día 11 de septiembre de 2007 Carolina y Marcial, por una parte, y la Caja, por otro, otorgaron otras dos escrituras públicas. En la primera (núm. 3.787) se novaba y ampliaba el préstamo hipotecario. Se pactaba un tipo de interés del 5,20% para el primer año, y posteriormente un tipo variable, referido al Euribor más un diferencial del 0,50%. En la página 19 de la escritura, bajo la rúbrica «instrumento de cobertura de tipos de interés», se establecía un límite inferior a la variabilidad del interés de 4,25% y un límite superior de 9,50%. En la segunda escritura (núm. 3.788) se otorgaba otro préstamo para financiar la vivienda de 40.584 euros. Se pactaba un tipo de interés del 5,50% para el primer año, y posteriormente un tipo variable, referido al Euribor más un diferencial del 0,70%. En la página 15 de la escritura, bajo la rúbrica «instrumento de cobertura de tipos de interés», se establecían un límite inferior a la variabilidad del interés de 4,50% y un límite superior de 9,75%.

El 28 de enero de 2014, después de que la Sala Primera hubiera dictado la STS de 9 de mayo de 2013, la Caja concertó con Carolina y Marcial sendos contratos privados que modificaban los contratos documentados en las escrituras núms. 3.787 y 3.788. En ambos casos en la primera estipulación se incluyó la siguiente cláusula: «PRIMERO.— Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,25%, en sustitución del convenido inicialmente. En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,25%, ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último». Y la estipulación tercera es del siguiente tenor: «Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». En ambos documentos, que tienen dos hojas escritas en el anverso, se contiene la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con su firma, del siguiente texto: «Soy

consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

Carolina y Marcial presentaron una demanda en la que pidieron la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en las escrituras públicas núms. 3.787 y 3.788, así como la nulidad de su posterior rebaja al 2,25% mediante documento privado. Además, solicitaron la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula desde el 9 de mayo de 2013.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda.

Recurrida en apelación por la demandada la sentencia del Juzgado Primera Instancia, la Audiencia Provincial desestima el recurso, confirma la nulidad de las dos cláusulas suelo iniciales y también la de los contratos de 11 de septiembre de 2007 por los que la Caja se compromete a reducir las cláusulas suelo al 2,25% y los prestatarios a renunciar al ejercicio de las eventuales acciones de nulidad. Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial, la Caja interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, revoca la sentencia de la Audiencia Provincial, estima el recurso de apelación, revoca la sentencia Juzgado de Primera Instancia y desestima la demanda interpuesta por los prestatarios contra la Caja, a quien absuelve de las pretensiones contenidas en dicha demanda.

NOTA.—Téngase en cuenta que la sentencia anotada contiene un voto particular discrepante [Ponente Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno] en el sentido de considerar que los contratos de transacción referenciados no superan las exigencias de la transparencia, pues la Caja justificó la modificación operada en el cambio de la coyuntura económica financiera, ocultando así el carácter litigioso de las cláusulas suelo y la posibilidad de denunciar su abusividad y reclamar la restitución procedente, de manera que la renuncia al consumidor se le presenta de un modo inocuo, sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte. (*J. M.ª M. F.*)

17. Hipoteca inmobiliaria. Medidas de reestructuración de la deuda. Código de buenas prácticas. Ámbito de aplicación.—A juicio del Tribunal Supremo, para que el hipotecante consumidor pueda exigir a la entidad de crédito la aplicación de las medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria previstas en el Código de buenas prácticas, incorporado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, aquel debe encontrarse situado en el umbral de exclusión y esta debe estar adherida al mencionado Código. Además, el Tribunal Supremo sostiene que el consumidor hipotecante podrá exigir la aplicación de las medidas de protección (reestructuración, quita o dación en pago) aunque el préstamo hipotecario haya sido resuelto antes de la entrada en vigor del RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, siempre que a tenor de la regulación de tales medidas el solicitante estuviera a tiempo de acogerse a alguna de ellas. Por último, el Tribunal Supremo recuerda que en el caso de que los hipotecantes sean dos deudores solidarios que hipotecan la vivienda en garantía de la devolución del préstamo, debe acreditarse que ambos se encuentran en el umbral de exclusión para que puedan ser exigibles las medidas previstas en el Código de buenas prácticas, aunque, como es el caso, después de la separación y el divorcio, hayan dejado de formar parte de una

unidad familiar. **(STS de 26 de abril de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 25 de marzo de 2002, Plácido y Adela concertaron con una Caja de Ahorros un préstamo hipotecario de 49.522 euros, para la adquisición de una vivienda. El 26 de junio de 2004, ambos contrajeron matrimonio en régimen de gananciales. El 5 de diciembre de 2006, el matrimonio solicitó un segundo préstamo hipotecario, que gravaba la misma finca, por un importe de 65.500 euros. El 12 de septiembre de 2011, tras la impago de seis cuotas mensuales de cada uno de estos dos préstamos hipotecarios, la Caja los venció anticipadamente e instó su ejecución hipotecaria. La ejecución hipotecaria del primer contrato se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcorcón y la del segundo contrato se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alcorcón. En la actualidad, Plácido y Adela se encuentran divorciados y el régimen de gananciales extinguido.

La representación de Plácido interpone una demanda en la que solicita, después de aducir que se encuentra en una situación de exclusión conforme a lo regulado en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, que se condene a la entidad a aplicar las medidas previstas Código de buenas prácticas al que esta se adhirió.

El juzgado de Primera Instancia desestima la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por el demandante contra la sentencia del juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial lo desestima.

La sentencia de la Audiencia Provincial es recurrida en casación por el demandante. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

18. Cobro de lo indebido. Falta de uso de una deducción por el *solvens* en una relación contractual.—El enriquecimiento injusto es requisito indispensable para apreciar la existencia de cobro indebido en el seno de una relación contractual. No está carente de causa ni supone un enriquecimiento injusto la retribución por unos servicios prestados cuando el *solvens* efectúa el pago sin hacer uso, por falta de diligencia, de una deducción que le podía corresponder y que no era conocida por el *accipiens*. **(STS de 3 de abril de 2018;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Empresa Municipal d'Aigües i Clavegueram S. A. (EMAYA) prestaba el servicio de suministro de agua a una comunidad de propietarios, siendo un criterio de facturación de las cuotas fijas el número de locales del edificio. En el año 1999, debido a la ocupación de parte de estos locales por la Consejería de Educación, se produjo una agrupación de los mismos, que pasaron de ser 73 a 25. Esta circunstancia no fue comunicada por la comunidad de propietarios a EMAYA hasta el año 2012, fecha en que la empresa de suministro de agua rectificó los criterios de facturación. La comunidad de propietarios interpuso demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción restitutoria por cobro de lo indebido frente a EMAYA, reclamando la suma de 205.551,55 € correspondiente a

las cantidades que la demandada habría cobrado en exceso, por error, entre 1999 y 2012.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y, estimando parcialmente la demanda, declara la existencia de un cobro indebido de la demandada. La Audiencia declara que EMAYA facturó en exceso a la comunidad actora y condena a restituir las cantidades cobradas indebidamente durante los 5 años anteriores a la primera factura rectificadora. Ambas partes recurren en casación y el Tribunal Supremo estima el recurso formulado por la demandada, casa la sentencia de la Audiencia y confirma la dictada en primera instancia. (V. N. C.)

19. Culpa extracontractual: Explosión por acumulación de gas en una vivienda: Fallecimiento de varias personas y otros daños.—Según el relato de hechos de la sentencia impugnada, el 10 de noviembre de 2005 sobre las 23,09 horas se produjo una explosión en un edificio situado en la Rambla xxx de Tarragona, motivado por una acumulación de gas que se produjo en una vivienda del piso situado en la dirección citada, a consecuencia de la cual fallecieron cinco personas, cuatro de ellas familiares de D. Valentín, moradores del piso núm. 2, y el Sr. Gustavo morador del piso núm. 3 donde se produjo el siniestro. También resultó lesionado D. Aurelio que transitaba por la calle en inmediaciones del inmueble, a causa de los cascotes que se desprendieron por la explosión ocurrida en el inmueble, resultando también dañados tres vehículos estacionados en la vía pública propiedad respectivamente de D.^a Inmaculada, D. Fidel y Hertz de España, SA.

Se siguieron varios procesos por reclamación de los distintos perjudicados, los cuales fueron acumulados. Por lo que se refiere a los ahora recurrentes, formularon en su día las siguientes reclamaciones:

1) D. Valentín solicitó la condena de Gas Natural y Mapfre al pago de la cantidad de 1.120.961 euros más intereses legales y de la LCS., con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC y normativa protectora de los consumidores y usuarios, afirmando que ha de operar una responsabilidad objetiva por riesgo. En el siniestro fallecieron su esposa de 37 años, y sus tres hijos de 4, 3 y veinte días respectivamente.

2) AXA solicitó la condena de Gas Natural y Mapfre al pago de la cantidad de 517.106,88 euros más intereses legales y de la LCS, con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC y, subsidiariamente, del artículo 1101 y concordantes del Código civil, y normativa reguladora del suministro de gas.

3) D. Aurelio solicitó la condena de Gas Natural y Mapfre al pago de la cantidad de 4.999.883, 36 euros más intereses legales y de la LCS. con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC. El citado paseaba por la calle en el momento de ocurrir el siniestro y sufrió lesiones de consideración.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tarragona dictó sentencia por la que consideró que ninguna responsabilidad puede imputarse a la sociedad Gas Natural SA, ni a la Comunidad de propietarios, ni a sus respectivas aseguradoras, Mapfre Industrial SA y AXA Seguros Generales SA, ya que sólo se debe responder por lo acontecido en el piso núm. 3 donde se produjo la fuga de gas que dio lugar a la posterior explosión, declarando la responsabilidad de la aseguradora de dicha vivienda, Liberty Seguros, en relación con los vehículos pro-

piedad de la Sr.^a Inmaculada y del Sr. Fidel y de Hertz de España SA, que habían dirigido su demanda contra ésta, con desestimación de las pretensiones formuladas por el Sr. Valentín respecto del fallecimiento de su esposa e hijos y la formulada por el Sr. Aurelio en relación con las lesiones que padeció a causa del mencionado siniestro, al no haber dirigido su demanda contra dicha aseguradora de la vivienda del piso núm. 3, sino contra otros presuntos responsables, respecto de los que no consideró que existiera tal responsabilidad.

Recurrida esta sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Tarragona (sección 1.^a) dictó la sentencia de 27 de abril de 2015 por la que confirmó la dictada en primera instancia. Niega la responsabilidad de Gas Natural porque, aun cuando se desconoce cómo se formó la nube de gas que dio lugar a la explosión, no se ha acreditado que la fuga se debiera a defecto en la instalación que Gas Natural hubiera debido detectar. Concluye que no es posible una imputación objetiva del siniestro a la Compañía suministradora, presumiendo que el accidente es imputable a quien está en contacto directo con la causa del mismo, esto es, quien ocupaba la vivienda en el momento de la explosión. Afirma (Fundamento de Derecho 4.º) que «no ha quedado tampoco demostrado que de haberse realizado la revisión reglamentariamente prevista la explosión no se hubiera producido», de lo que deduce que los demandantes no han probado la existencia de una relación de causalidad que permitiría atribuir responsabilidad a Gas Natural».

Contra dicha sentencia han recurrido por infracción procesal y en casación D. Valentín y Axa Seguros Generales SA, recurriendo sólo en casación D. Aurelio.

Estimación de los recursos por infracción procesal.—Los recursos por infracción procesal en nombre de D. Valentín y de Axa Seguros Generales SA, coinciden en la denuncia, en su primer motivo de la infracción del artículo 217 LEC. Se formulan ambos al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, por vulneración de dicha norma procesal reguladora de la sentencia, afirmando que la resolución recurrida prescinde de los criterios de atribución de la carga de la prueba establecidos jurisprudencialmente e infringe lo dispuesto por la norma en relación con la disponibilidad y facilidad probatoria. Se alega —salvo los casos en que así ha de regir la inversión de la carga de la prueba sobre el origen del suceso, que ha de recaer en Gas Natural SA, como prestadora del servicio, no solo por razón del riesgo que se crea, sino también en atención a la facilidad probatoria que ha de tener frente a quienes simplemente, sin relación con el suceso, sufren los daños causados por éste. Se considera que al tratarse de un supuesto de inversión de la carga de la prueba nacido fundamentalmente de la propia jurisprudencia, relacionada en estos casos con el artículo 28 de la Ley de 19 de julio de 1984, en su redacción vigente en la fecha del suceso, existe una clara conexión entre la infracción procesal que se denuncia y el fondo de la cuestión debatida a que se refiere el recurso de casación.

El motivo se estima por cuanto la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que «no ha quedado tampoco demostrado que de haberse realizado la revisión reglamentariamente prevista la explosión no se hubiera producido», contradice el principio de la carga probatoria, trasladándola a quien carece de medios para probar lo contrario además de no tener en cuenta el principio de responsabilidad por riesgo, el cual si bien no es de carácter plenamente objetivo, salvo los casos en que así venga establecido por la ley, produce precisamente el efecto de obligar a quien presta el servicio generador del riesgo a acreditar el verdadero origen del siniestro. Dice la sentencia de esta Sala de 5 de abril de 2010 que: «La jurisprudencia no ha llegado al extre-

mo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902, y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole». En este caso las circunstancias profesionales del prestador del servicio le obligan a asumir activamente la carga de acreditar el verdadero origen del siniestro, lo que la sentencia impugnada viene a reconocer que no ha hecho.

La estimación de dicha infracción procesal lleva directamente –sin necesidad de examinar los restantes motivos de dicho recurso– a la aplicación de la regla 7.ª del apartado 1 de la Disposición final 16.º LEC, dictando nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiera alegado como fundamento del recurso de casación.

Estimación de los recursos de casación.—Los recursos de casación se formulan por un solo motivo, y en lo esencial coinciden en su fundamentación alegando la infracción del artículo 1902 CC. y la jurisprudencia.

El recurso del Sr. Valentín invoca varias sentencias que aplican la teoría de la responsabilidad por riesgo en casos similares, en especial la STS de 16 de diciembre de 2008, en un supuesto que considera análogo en el que no cabía imputar con certeza acción u omisión negligente al fallecido, ni podía afirmarse que la instalación estuviera en mal estado y se derivó hacia la empresa suministradora la carga de acreditar que el resultado dañoso no era consecuencia de su actuación. Combate los argumentos de la sentencia impugnada por entender que la jurisprudencia en que se apoya recayó sobre supuestos que no eran análogos, pues en aquéllos casos se acreditaba una conducta negligente del propietario o de la víctima, lo que no ocurre en el presente caso. El recurso de AXA expone que concurren los requisitos exigidos por la Sala para la aplicación de la doctrina de la objetivación de la responsabilidad por riesgo, citando las SSTS de 30 de julio de 1998, 29 de octubre de 2004, 29 de marzo de 2006, y 30 de marzo de 2007. Igualmente considera que la sentencia no valora las consecuencias de la falta de diligencia de Gas Natural que ha quedado acreditada por el hecho de no haber verificado las revisiones de la instalación en plazo, infringiendo la doctrina contenida en las sentencias citadas. Insiste en que la sentencia recurrida se fundamenta en una aplicación errónea de la doctrina de esta Sala dictada a propósito de supuestos diferentes del que era objeto del proceso. El recurso de D. Aurelio pone de manifiesto que la suministradora, según resulta de la propia base fáctica de la sentencia recurrida, no ha acreditado haber agotado la diligencia que le era exigible para la reducción del riesgo, siendo además un hecho probado que no había cumplido con el régimen de inspecciones a que venía obligada, invocando sentencias anteriores de esta Sala desde las de 28 de abril de 1997 y 30 de julio de 1998, hasta las más recientes de 25 de noviembre de 2010 y 20 de diciembre de 2011.

Aun cuando existen sentencias de la Sala que consideran que en determinados supuestos de explosiones de gas no se aplica la doctrina de la responsabilidad por creación de riesgo, no se trata de supuestos análogos al presente. Así la sentencia de 19 de febrero de 2009, se refiere a la explosión de una bombona de gas y no de un suministro continuado de gas en una instalación, como es el presente caso, y declaró probado que en la bombona suministrada

no existía defecto, mientras que en este caso no se ha declarado que la instalación estuviera en buen estado, ni que la explosión se debiera a un acto intencionado del vecino del piso núm. 3, sino que ante la falta de prueba de la verdadera causa del siniestro se ha hecho recaer sobre los demandantes la carga de acreditar la responsabilidad. La sentencia de 25 de noviembre de 2010, afirma que el nexo causal debe ser acreditado por el actor, pero en el supuesto se había declarado probada una negligencia en la instalación de las gomas de salida del gas desde la bombona a la cocina, instalación realizada por el demandado, por lo que existía una persona a la que imputar la negligencia, que era ajena a la suministradora.

En definitiva, la incertidumbre sobre la causa o las causas del siniestro implica que no puede quedar exonerada de responsabilidad la suministradora y su aseguradora, cuando aquélla era quien contaba con los medios y conocimientos adecuados para dar certeza sobre tales causas y no lo ha hecho, según viene a reconocer la propia sentencia recurrida.

Como consecuencia ha de estimarse en su integridad las demandas interpuestas por los hoy recurrentes D. Valentín y D. Aurelio contra Gas Natural y Mapfre, y de Axa Seguros SA contra Gas Natural, dado que no se ha discutido la procedencia de las cantidades reclamadas, habiendo acreditado las demandantes su procedencia por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del siniestro.

Así Gas Natural y Mapfre, dentro de los límites establecidos en el contrato de seguro, han de indemnizar a D. Valentín en la cantidad de 1.000.000 de euros en concepto de indemnización por el fallecimiento de su esposa y sus tres hijos y 120.961 euros por gastos debidamente acreditados, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la demanda, sin que proceda la imposición de los intereses del artículo 20 LCS a cargo de Mapfre, dadas las circunstancias en que se produjo el suceso y las razonables dudas surgidas sobre la responsabilidad de la asegurada que determinaron su absolución en ambas instancias.

Del mismo modo, y sujeta al pago de los mismos intereses, dichas demandas habrán de indemnizar al perjudicado D. Aurelio en la cantidad de 499.883,36 euros por las muy graves lesiones sufridas con ocasión del siniestro.

Gas Natural, con aplicación de los mismos intereses, indemnizará a Axa Seguros Generales SA en la cantidad de 517.106,06 euros, que dicha demandante acredita como satisfecha a distintos perjudicados como consecuencia del mismo siniestro.

Estimados los recursos, no procede condena al pago de las costas causadas por los mismos, con devolución de los depósitos constituidos, así como por los recursos de apelación formulados por los ahora recurrentes. Procede condenar a Gas Natural y Mapfre al pago de las costas causadas por los mismos en primera instancia. (STS de 24 de mayo de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.—Dada la característica catastrófica de los daños causados por la descrita explosión de gas en una vivienda, no dejan de sorprender las soluciones adoptadas en ambas instancias que, en cierto modo, implican circunstancias que parecen haber influido para que la Sala se constituyese en Pleno, obligando a una minuciosa descripción de los hechos y a profundizar en la jurisprudencia aplicable el caso. Sin duda esta notable decisión jurisprudencial está destinada mercedamente a sentar doctrina en casos análogos. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

20. Propiedad horizontal. Previsión de limitaciones y prohibiciones de uso en el título constitutivo o los estatutos.—El derecho a la propiedad privada está constitucionalmente reconocido (art. 33 CE) y se concibe de manera amplia, sin más limitaciones que las establecidas legal y convencionalmente y que, en todo caso, deben interpretarse de modo restrictivo. Por lo que respecta al ámbito de la propiedad horizontal, es posible establecer prohibiciones o limitaciones a la propiedad en atención al interés general de la comunidad, siempre y cuando se hagan constar de modo expreso en el título constitutivo o en los estatutos. Así, cabe prohibir la realización de determinadas actividades o el cambio de uso del inmueble. En cualquier caso, para que las limitaciones tengan eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad.

Propiedad horizontal. Interpretación restrictiva de las limitaciones de uso. La mera descripción del inmueble no supone una prohibición de cambio de destino.—El Tribunal Supremo, reiterando lo ya establecido en las sentencias de 30 de diciembre de 2010, 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008, señala que la mera descripción del inmueble no puede interpretarse como una limitación del uso o de las facultades dominicales. Por el contrario, las prohibiciones o limitaciones deben haberse estipulado de manera clara, precisa y expresa (STS de 24 de octubre de 2011). Además, estas limitaciones o prohibiciones, así como como cualquier menoscabo del derecho de propiedad, deben ser interpretadas de modo restrictivo (SSTS de 6 de febrero de 1989, 7 de febrero de 1989, 24 de julio de 1992, 29 de febrero de 2000, 21 de abril de 1997). No obstante, como se declaró en la sentencia de 9 de octubre de 2009, el derecho de cambio de uso no incluye un derecho a realizar obras en elementos comunes, pues para ello se requiere que la autorización sea concedida por la Junta de Propietarios, a salvo de lo que se prevea en el título constitutivo o los Estatutos. **(STS de 15 de junio de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Dña. Francisca interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil Gestión de Empresas, SLU por haber modificado el destino del local sito en la planta baja del edificio en que Dña. Francisca tenía su vivienda. En la nota simple registral de división horizontal constaba que «la planta baja se destina a local de oficina» y, a efectos de su constitución en régimen de propiedad horizontal, se aludía a un «local para oficina en planta baja de la casa». En consecuencia, la actora suplicó al Juzgado que ordenase a la demandada la inmediata reposición de la finca a su destino de oficina, de conformidad con el título constitutivo de la división horizontal, cesando en la realización de otra actividad distinta.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y condena a Gestión de Empresas, SLU a reponer la finca a su destino de oficina y a cesar cualquier otra actividad distinta. Indica el Juzgado que, según el título constitutivo, la planta baja está destinada a oficina y, si bien nada impediría cambiar el uso del local, dicha modificación debería hacerse mediante la modificación del título constitutivo, no siendo válida la alteración del uso efectuada de forma unilateral por la demandada. Pese a no haberse recogido

en el suplico de la demanda ningún extremo sobre los elementos comunes, el Juzgado afirma que la instalación del cartel luminoso «Seuruga Cervecería» en la fachada requería la autorización mediante acuerdo unánime.

La Audiencia desestima el recurso de apelación planteado por la demandada y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia. No obstante, respecto del cartel luminoso, la Audiencia reconoce que su retirada es una consecuencia que deriva de la ilicitud del cambio en el uso del local.

La mercantil Gestión de Empresas, SLU interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que aprecia que la Audiencia realizó una interpretación extensiva y forzada al deducir de la mera descripción del inmueble una prohibición de uso que no se había previsto de manera expresa. Por ello, casa la sentencia recurrida y, con estimación del recurso de apelación, revoca la sentencia de la instancia y desestima íntegramente la demanda. (V. N. C.)

DERECHO DE FAMILIA

21. Ley aplicable a la determinación de la filiación natural. Norma de conflicto aplicable a demandas planteadas antes de la modificación del artículo 9.4 CC por la Ley 26/2015.—Hasta la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la determinación y el carácter de la filiación natural se regía, de conformidad con el artículo 9.4 CC, por la ley personal del hijo y, si ésta no podía determinarse, por su residencia habitual. Esta regulación, que había sido objeto de críticas por no considerarse la nacionalidad un criterio de conexión lo suficientemente fuerte, fue reformada en 2015 para hacer depender la ley aplicable de la residencia habitual del hijo, por ser una conexión social más relevante. Así, en la actualidad, tras la modificación del artículo 9.4 CC, la ley aplicable a la filiación viene determinada, en primer lugar, por la residencia habitual del hijo. Subsidiariamente, a falta de residencia habitual, o si la ley de la residencia habitual no permitiese establecer la filiación, es aplicable la ley nacional del hijo. Por último, y solo en caso de que tampoco tuviese ley nacional o, teniéndola, no permitiese establecer la filiación, el artículo 9.4 CC remite a la ley española.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha declarado que a las reclamaciones de filiación natural planteadas antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 también les es de aplicación el artículo 9.4 CC en su redacción actual. No obstante, el Tribunal Supremo indica que, por razones de seguridad jurídica y en aras de evitar la aplicación sorpresiva de un derecho que pudiese resultar imprevisible para alguna de las partes, la aplicación del actual artículo 9.4 CC debe limitarse a aquellos supuestos que, tras la entrada en vigor la norma, estuvieran pendientes de resolución en primera instancia. Señala el Tribunal Supremo que la aplicación de la nueva ley no supone atribuirle un efecto retroactivo, puesto que el hecho del nacimiento, que es el que determina la relación jurídica de la filiación, no ha agotado sus efectos. Por otra parte, esta interpretación es coherente con lo que hubiera podido resultar del comportamiento del propio demandante. En efecto, una vez producido el cambio legislativo y antes de dictarse sentencia en primera instancia, si el actor hubiera

optado por el desistimiento y el planteamiento de una nueva acción, el asunto se habría resuelto de conformidad con la nueva regulación. Por lo tanto, concluye el Tribunal Supremo, la aplicación rigurosa de la norma vigente cuando se presentó la demanda carecería de buen sentido. **(STS de 17 de abril de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En 2013, D. Dámaso interpuso demanda de juicio declarativo verbal ejercitando acción de determinación legal de la filiación paterna no matrimonial respecto de D. Landelino. El actor sostuvo que su nacimiento fue fruto de la relación sentimental mantenida entre 1937 y 1947 por su madre, Dña. Nuria, nacida en Burdeos y de nacionalidad francesa, con D. Landelino, quien durante aquellos años instaló su negocio en Burdeos. Dado que este último había fallecido en 1995, la demanda se planteó contra los hijos matrimoniales de D. Landelino (Dña. Luz, Dña. Elisenda y D. José Carlos) y contra dos nietos, por ser los hijos de una hija premuerta (D. Abilio y Dña. Tamara). Como D. Landelino había sido incinerado, el actor solicitaba la práctica de las pruebas biológicas a los demandados.

Los demandados opusieron la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, lo que dio lugar a la ampliación de la demanda a los dos hermanos por parte de madre del demandante, que no se opusieron a la demanda en la medida en que los hechos coincidían con lo que siempre les había contado su madre. Por lo que respecta al fondo, los demandados negaron que hubiese habido una relación afectiva entre D. Landelino y Dña. Nuria y afirmaron la existencia de una relación de amistad entre ambas familias. También destacaron que el ejercicio de la acción era contrario a la buena fe, dado el tiempo transcurrido desde que D. Dámaso pudo conocer la supuesta paternidad y el tiempo transcurrido desde el fallecimiento de D. Landelino (17 años) y Dña. Nuria (15 años). Asimismo, al ser el actor de nacionalidad francesa, invocaron la aplicación del Derecho francés, que llevaría a declarar prescrita la acción por haber transcurrido más de 10 años desde la mayoría de edad del hijo. Por último, los demandados se negaron a someterse a la prueba biológica solicitada por el actor.

El Juzgado de Primera Instancia considera aplicable el artículo 9.4 CC en la redacción dada por la Ley 26/2015 y, teniendo en cuenta que la acción de filiación estaría prescrita de aplicarse el Derecho francés, concluye que, con independencia del lugar de residencia del actor, corresponde aplicar el Derecho español. Ante la negativa de los demandados a someterse a la prueba biológica, el Juzgado estima la demanda.

La Audiencia Provincial, pese a que considera aplicable el artículo 9.4 CC en su redacción vigente en el momento de interponerse la demanda, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de la instancia. A juicio de la Audiencia, aunque la ley aplicable no dependería de la residencia habitual del actor, sino de su ley personal, es aplicable el Derecho español porque, de tener éxito la acción de filiación, el demandante podría optar por la nacionalidad española al ser nacido de padre español.

En contra del criterio de la Audiencia, el Tribunal Supremo considera aplicable el artículo 9.4 CC en su redacción dada por la Ley 26/2015. Sin embargo, al resultar aplicable el Derecho español, de conformidad con la doctrina del efecto útil, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandantes. Pese a que los motivos que sustentan el recurso pueden encontrar fundamento, el fallo se mantiene con otros argumentos. (V. N. C.)

22. Reclamación de filiación por posesión de estado.—El artículo 131 CC extiende la legitimación para reclamar una filiación manifestada por constante posesión de estado a cualquier persona con interés legítimo, y no solo a los implicados directos en la relación. Esta amplitud se justifica en el tenor literal de la norma, no solo por la presencia de un interés legítimo en quien litiga (que puede reconocerse sin dificultad cuando la relación de filiación repercute en su propio estado civil familiar), sino también en la existencia de una constante posesión de estado.

La determinación de si los hechos acreditados son constitutivos o no del concepto de posesión de estado es una *quaestio iuris*. La apreciación del concepto que establece la ley como presupuesto para la legitimación de cualquier interesado requiere la presencia de hechos concretos que integren los diversos elementos de la posesión de estado (*nomen, tractatus* y fama), de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes, una apariencia de una relación de filiación. Es preciso, por tanto, que consten hechos públicos, repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de esta relación.

No obstante, resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos. Cuando se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el *nomen* en el sentido estricto de que el supuesto hijo usara los apellidos del progenitor, pero sí resulta absolutamente imprescindible el *tractatus*. Es decir, los actos del progenitor (a los que pueden sumarse los de su familia) que den credibilidad a la situación posesoria, actos de atención y asistencia al hijo. E igualmente es necesario que concurra la fama, entendida como notoriedad y reflejo de la naturaleza del fenómeno posesorio. Es preciso que concurra una exteriorización constante de la relación de estado. (STS de 9 de mayo de 2018; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Se plantea una acción de reclamación de la filiación extramatrimonial ejercitada al amparo del artículo 131 CC. Los demandantes presentaron demanda para que se declarase que su padre era hijo del demandado. El Juez de Primera Instancia declaró la paternidad reclamada, motivo por el cual el demandado planteó recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia. En casación, alega: 1) la infracción del artículo 131. I CC, en relación con los artículos 132. II y 133. II CC, al no apreciar la sentencia recurrida la caducidad o prescripción de la acción de declaración de filiación ejercitada en la demanda; 2) la infracción del artículo 131. I CC porque considera que no quedó acreditada la constante posesión de estado exigida por dicho precepto.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, al entender que, de los hechos probados, no cabe valorar la existencia de una constante posesión de estado de filiación entre el demandado y el padre de los demandantes. Los hechos no permiten afirmar que existiera una relación de filiación vivida, que el demandado tuviera al padre de los demandantes como hijo, ni que lo hubiera tratado como tal, observando un comportamiento congruente con los deberes de padre. Cuando el artículo 131 CC exige que la posesión de estado sea constante, no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados, que en el caso no se dan.

Puesto que, en este caso, la acción ejercitada es la del artículo 131. I CC, en ausencia de posesión de estado, la legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación no matrimonial vendría determinada por lo dispuesto en el artículo 133 CC. Este precepto atribuye la acción al hijo durante toda su vida y a sus herederos, para el caso de que fallezca antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare la mayoría de edad o recobrar la capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. En consecuencia, a falta de posesión de estado, los demandantes, hijos del presunto hijo del demandado, carecen de legitimación.

NOTA.—Sobre la determinación de la filiación con posesión de estado, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, 15 de enero, 3 de diciembre de 2014 y 30 de junio de 2016. (*S. L. M.*)

23. Ley aplicable a los efectos del matrimonio contraído en el extranjero.—La ley aplicable a dos ciudadanos extranjeros que contrajeron matrimonio en su país de origen antes de venir a España es la de aquel país (art. 9.2 CC), según el principio de imperatividad de las normas de conflicto (art 12.6 CC).

Prueba del Derecho extranjero.—Cuando la comprobación de la existencia y contenido de las normas del Derecho extranjero viene facilitada por la sencilla consulta de la página web oficial del gobierno del Estado al que pertenece el Derecho en cuestión o de la página web del Consejo General del Poder Judicial, no se plantea un problema de prueba del Derecho extranjero ni la oportunidad de que el tribunal supla la prueba de este; ello sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (arts. 281.2, 282 LEC y 33 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional). (**STS de 3 de abril de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 31 de octubre de 2001 A, de origen colombiano, resultado agraciada con un cuantioso premio de lotería en España (Bonoloto). A estaba casada con B y el matrimonio se venía rigiendo por el régimen de gananciales desde su celebración, ambos tenían la nacionalidad española, y durante la estancia en nuestro país se habían mantenido separados de hecho largo tiempo hasta la reanudación de su convivencia a principios de 2002. El 23 de julio de 2002 otorgaron escritura de separación de bienes ante Notario en

España. Tiempo después, A decidió divorciarse y ambos cónyuges apoderaron a un letrado en Colombia para que realizase la operación. El 15 de mayo de 2003 otorgaron escritura de liquidación de la sociedad conyugal en el Juzgado de Familia de Pererira Risaralda (Colombia), el cual decretó el divorcio de mutuo acuerdo. Mucho tiempo después, a primeros de 2012, B descubrió que a A le había tocado la lotería en 2001,

Alegando que A había ocultado a su familia y, en particular, a B el premio de lotería, B interpuso demanda –alegando su condición de esposo en la fecha en que A resultó agraciada– por la que recaaba el 50% del premio, que a su juicio le correspondía por ser un bien ganancial.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, porque la norma colombiana aplicable no contenía un precepto análogo al artículo 1351 CC y solo contempla que no tienen carácter común las adquisiciones constante matrimonio de un cónyuge hechas por donación, herencia o legado (art. 1782 CC Colombia); y la prueba practicada acreditaba que el boleto premiado fue el regalo de una amiga.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación de B, revocó la sentencia impugnada y estimó la demanda. A su entender, la compra de un billete de lotería es un negocio oneroso y, en ese caso, al haber sido adquirido por quien estaba casada en régimen de gananciales, se presume ganancial de acuerdo con el artículo 1351 CC. Rechazaba la Audiencia la aplicación del Derecho colombiano y, en especial, del artículo 1782 CC Colombia, porque no concurría ninguno de los títulos de adquisición que preveía (donación, herencia o legado).

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

24. Divorcio contencioso: Custodia compartida: Interés de los menores: Valoración del informe psicosocial.—Son hechos relevantes los siguientes: D. Belarmino interpuso demanda de divorcio contencioso, solicitando la disolución del matrimonio, contra D.^a Ruth, centrándose la cuestión objeto de debate en la atribución de la guarda y custodia de los dos hijos menores, pues el padre solicitaba la guarda y custodia compartida y la madre que se le atribuyese en exclusiva a ella, renunciando el demandante a que se le atribuyese el uso de la vivienda familiar.

El 3 de diciembre de 2015 emitió informe psicosocial el equipo adscrito al Juzgado, alcanzando las siguientes conclusiones: (i) Los menores tienen su referente afectivo en su padre y en su madre, a la que identifican como su principal cuidadora; (ii) La madre tiene vivienda, trabajo y cuenta con el apoyo de su madre en todo lo que necesita respecto al cuidado de los menores; (iii) El padre está presente en la vida de los menores; (iv) Los menores piensan que en casa de su madre hay más normas; (v) La madre presenta las habilidades necesarias para ocuparse del cuidado y educación de sus hijos; (vi) Los menores Evaristo y Epifanio presentan un desarrollo evolutivo adecuado a su edad cronológica; (vii) Los menores presentan un buen desarrollo, personal, escolar y social; (viii) La madre tiene mayor disponibilidad horaria y su vida estructurada en relación a la atención y cuidado de sus hijos. (ix) El

padre vive en el domicilio de los abuelos cuando tiene a sus hijos y comparte dormitorio con ellos; (x) Hay comunicación interparental.

Finalmente aconseja la guarda y custodia para la madre estableciendo un amplio régimen de visitas padre-hijos.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 10 de mayo de 2016. En su motivación expone el contexto normativo aplicable a la cuestión, así como la jurisprudencia de la Sala sobre la materia, en la que se tiene presente el interés del menor. Acude al Informe psicosocial, con cita de las conclusiones más relevantes del mismos. En atención a dicho informe y a las declaraciones de las propias partes en cuya valoración se detiene, alcanza la conclusión de desestimar la guarda y custodia compartida, pero con un amplio régimen de visitas para el padre, por ser «más beneficioso para el interés de los menores que la custodia sea ejercida por la madre», que tiene mayor disponibilidad horaria que el Sr. Belarmino a causa de las exigencias de la profesión de cada uno de ellos.

La sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia el 9 de junio de 2017 por la que se desestimaba el recurso del padre y se confirmaba la sentencia de primera instancia. La Audiencia acude como *ratio decidendi* de su decisión, a la sentencia de primera instancia a la que se remite. Sólo añade, en contra de lo que en éste se recoge y motiva, que no se sabe el tiempo que padre y madre tienen para estar con los hijos, pero sin motivar lo que, a efectos de disponibilidad, motiva la sentencia que revisa; por lo que la confirmación de ésta queda fuera de razones propias de la Audiencia Provincial y hay que atender a las del Juzgado, según la remisión con la que comienza la fundamentación de aquella.

La parte demandante y apelante interpone recurso de casación contra la anterior sentencia, por interés casacional, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC. y se estructura en el siguiente motivo: El artículo 92.5,6 y 7 CC, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas, y los artículos 2 y 11.2 a) LOPJM, y 39 CE, y ello al negarse a la custodia compartida aplicando de forma incorrecta el principio de protección del menor. Cita como infringidas las SSTS de 29 de abril y 19 de julio de 2013 y 9 de marzo de 2016. El Ministerio Fiscal apoya la estimación del recurso porque, con cita de la doctrina de esta Sala, niega que las sentencias de instancia hayan llevado a cabo un juicio de ponderación adecuado a las circunstancias del caso ni acorde con la prueba practicada, pues en la sentencia de primera instancia solo se analiza la disponibilidad horaria de los progenitores y en la segunda instancia no se analiza nada.

Valoración legal de la custodia compartida.—La Sala viene reiterando (así en SSTS de 12 de mayo y 13 de julio, entre las más recientes) la bondad del sistema de guarda y custodia compartida. Por tanto no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema tras la constante y uniforme doctrina de esta Sala, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional (STC de 17 de octubre de 2012). Consecuencia de lo expuesto es que se haya de partir de que este régimen debe ser el normal y deseable, señalando la jurisprudencia de esta Sala 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 cuanto lo sea. Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de «seguir» ejercien-

do sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.

Con el sistema de custodia compartida, dicen las SSTS de 25 de noviembre de 2013, 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Protección del interés del menor.—A partir de la bondad del sistema la cuestión a dilucidar en cada caso será si ha primado el interés del menor al decidir sobre su guarda y custodia.

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, desarrollada en la Ley de 22 de julio de 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 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, como de éstos con aquél (SSTS de 19 de julio de 2013, 2 de julio de 2014 y de 9 septiembre de 2015). Esta doctrina es la que refleja la sentencia de primera instancia, a la que remite la de la Audiencia Provincial al poner el acento para dilucidar el debate en el interés del menor; por lo que no puede decirse que contradiga la doctrina de esta Sala.

La STS 30 de diciembre de 2015 afirma que: «La doctrina de la Sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda. La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste» (STS de 27 de abril de 2012). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

La sentencia recurrida —por remisión— ha valorado el interés de los menores a partir del Informe psicosocial que obra en autos y manifestaciones de las partes vertidas en el acto de la vista, y no sólo en estas últimas como parece sugerirse.

Tiene declarado la Sala que las conclusiones del Informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el Tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (SSTS 8 de enero de 2011, 9 de septiembre de 2015 y 28 de febrero de 2017). Así ha obrado la sentencia recurrida pues ha valorado el Informe psicosocial a fin de indagar y motivar el interés de los menores, en conjunción con la manifestaciones de las partes, y ha hecho suyas las conclusiones de aquel. Cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un Informe psicosocial que auxilie al Tribunal en su decisión, no puede obviarse éste sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología

tan precisa como la obrante en autos. Conviene destacar que el Equipo psicosocial ha llevado a cabo una entrevista individual semiestructurada con los menores. Lo anterior se compadece con lo que afirmábamos en la STS de 15 de enero de 2018, pues por la edad de los menores no es aconsejable la exploración judicial de ellos, pero sí estar a la llevada a cabo por un experto, que es el caso (STC 29 de junio de 2009). Por todo ello la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de las pruebas practicadas, la conveniencia de que se establezca o no el sistema de guarda y custodia compartida. Ha de insistirse en la no conveniencia de convertir en estos casos el recurso de casación en una tercera instancia, a salvo que la revisión venga impuesta porque el Tribunal *a quo* haya llevado a cabo una protección del interés del menor solo aparente, puramente formalista y estereotipada, que no es el caso. Por todo lo expuesto no cabe la estimación del recurso.

No obstante, y si la Sala entrase en valoraciones jurídicas relativas al tema debatido, la solución coincidiría con la sentencia recurrida al ponderarse las circunstancias del caso. Ha de quedar claro que no cabe reproche alguno a ninguno de los progenitores en el plano afectivo o de entrega a sus hijos, pero el interés de estos aconseja el régimen elegido, en el que la comunicación y visitas con el padre es tan intenso que se acerca mucho al de guarda y custodia compartida. Será el que propicie una mayor estabilidad a los menores, pues su madre, por trabajo, tiene mayor disponibilidad horaria, sin depender tanto de terceros, en relación a la atención y cuidado de los hijos. A ello se une, lo que no sucede con la madre, que cuando el padre tiene a sus hijos vive en el domicilio de sus padres, abuelos de los menores, y tiene que compartir dormitorio con ellos. De ahí que se infiera que los menores, que tienen presente al padre en sus vidas, tengan una vida más normalizada en casa de su madre. De conformidad con los artículos 394.1 y 398.1 LEC, se imponen a la parte recurrente las costas del recurso. (STS de 6 de abril de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Parece indudable que la figura de la guarda conjunta, recibida en nuestro ordenamiento, tiene amplio futuro en la realidad fáctica siendo buena prueba de ello las recientes decisiones del Tribunal Supremo sobre aspectos dudosos. Son muchas las variables que pueden intervenir en el caso: finalidad que persigue el progenitor que la solicita, medios materiales de que puede disponer, domicilio en que se cumple, lugar en que van a habitar los progenitores etc. En el presente caso parece que el padre la consideró esencial para su vida de cónyuge divorciado y para lograrlo renunció a otros beneficios legales. La propia Sala llega a admitir que, en la práctica, un régimen de guarda materna se aproximaría al de guarda conjunta cuando el régimen de visitas y vacaciones resulta muy generoso con el otro progenitor (como resulta en el caso). De ello puede deducirse la sentencia extractada es modélica en la utilización instrumental en el proceso, pero no tanto en la solución definitiva. (G. G. C.)

25. Divorcio contencioso: Cargas: Préstamo hipotecario.—Ambos cónyuges, D Edmundo y D.^a Delfina, formularon separadamente demanda de divorcio, operándose la acumulación de procesos. En lo que se refiere a los recursos ahora interpuestos por la esposa, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Aranjuez, resolvió que ambos esposos contri-

buirán al levantamiento de las cargas familiares al 50% satisfaciendo en tal proporción los gastos e impuestos que deriven de la propiedad de la vivienda familiar que es privativa del esposo, cuyo uso y disfrute se atribuye a la esposa y madre del hijo común menor de edad. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24.ª) dictó sentencia por la que –con desestimación de ambos recursos– confirmó la de primera instancia. La esposa recurre por infracción procesal y en casación.

El recurso por infracción procesal se compone de un solo motivo que alega la infracción del artículo 461 en relación con el artículo 24 CE, ya que la sentencia recurrida resuelve dejando vacía de contenido la impugnación que formuló la recurrente una vez formulado recurso de apelación por la parte contraria. Entiende que este recurso ha de ser desestimado porque la sentencia impugnada contiene una referencia mínima a dicha impugnación, confirmando lo resuelto por el Juzgado respecto de la cuestión ahora debatida al considerar que las «cargas» familiares han de ser atendidas al 50% por ambas partes (FD 3.º) sin que haya de atribuirse trascendencia alguna al razonamiento del siguiente FD sobre la justificación de la impugnación formulada ya que tal modalidad –que integra una auténtica y autónoma apelación– está reconocida por el artículo 461 LEC. En definitiva la sentencia recurrida ha desestimado la impugnación en cuanto ha considerado que determinados gastos constituyen cargas familiares comunes a ambos litigantes.

Doctrina jurisprudencial sobre cargas del matrimonio.–El recurso de casación se compone de dos motivos.

En el primero se alega infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que interpreta los artículos 90 d) y 91 CC sobre las cargas de matrimonio en relación con el pago de las cuotas del préstamo hipotecario. Afirma la recurrente que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se aparta de la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias de 31 de mayo de 2006, 28 de marzo de 2011, 26 de noviembre de 2012, 20 de marzo de 2013, 17 de febrero de 2014 y de 21 julio de 2016 que disponen que el pago de las cuotas hipotecarias no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los citados artículos. Por ello, siendo un hecho no discutido que la vivienda familiar fue adquirida por Edmundo con anterioridad a contraer matrimonio y que él es el único obligado por el préstamo hipotecario que grava la vivienda, el importe de las cuotas de amortización del mismo es de cargo exclusivo de D. Edmundo.

En consecuencia el motivo se estima ya que esta Sala se ha pronunciado reiteradamente excluyendo del concepto de «cargas matrimoniales» los pagos correspondiente a la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda, de suerte que el importe de las cuotas de amortización del mismo es de cargo exclusivo de D. Edmundo. Pues del préstamo habrá de responder quien lo suscribió pero por razón de dicha obligación así contraída y no por la existencia de matrimonio entre los prestatarios. Además en este caso la vivienda es de propiedad del esposo –único prestatario– por lo que habrá de ser él quien quede obligado.

La STS de 21 de julio de 2016 resume los pronunciamientos anteriores de esta Sala al respecto en el siguiente sentido: «En la sentencia de 31 de mayo de 2006, este Tribunal declaró que la cuestión cardinal que queda así planteada, que es sobre la que en realidad versa el recurso (...) radica en la determinación de si el concepto de cargas del matrimonio a que se refiere el artículo 1438 CC para establecer la forma de su sostenimiento cuando rige el sistema de separación de bienes, comprende los conceptos que se discu-

ten en este proceso referidos a gastos producidos por bienes de carácter común a efectos de que pueda resultar obligado uno de los cónyuges a una mayor contribución al contar personalmente con mayores recursos económicos. La noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103, 3.º CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues en el año 2004 otorgaron los esposos la correspondiente escritura de capitulaciones matrimoniales y se acogieron al régimen de separación de bienes y la vivienda familiar que está gravada con la hipoteca la adquirieron por compra en el año 2006. En consecuencia, la normativa aplicable a tal bien era la propia del régimen general de la copropiedad y, en concreto, el artículo 393 CC, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales».

En la sentencia de 28 de marzo 2011, esta Sala formuló la siguiente doctrina: «El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales, y como tal incluida en el artículo 1362, 2.º CC y no constituye carga de matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 CC.».

Igualmente en la STS de 26 de noviembre de 2012:» No cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia (...) la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad y, en concreto, el artículo 393 CC, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales».

En el mismo sentido la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 31 de mayo de 2006, 5 de noviembre de 2008, 28 de marzo y 29 de abril de 2011 y 26 de noviembre de 2012), según las cuales la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título sobre el dominio de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesto a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio.

En la más reciente STS de 17 de febrero de 2014, se declara: «La descripción más ajustada de lo que puede considerarse cargas del matrimonio la encontramos en el artículo 1362, 1.ª CC, mencionando los gastos relativos al sostenimiento de la familia, alimentación y educación de hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia, que se limita a los esposos y sus hijos».

En el motivo segundo se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial que interpreta los artículos 90 d) y 91 sobre las cargas del matrimonio en relación con el pago de los impuestos y gastos de la vivienda privativa del esposo. Considera la recurrente que la sentencia impugnada se aparta de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que dispone que el impuesto sobre bienes inmuebles es un gravamen que recae sobre la propiedad, no sobre la posesión, de ahí que no quepa imponer su pago al 50% ya que la vivienda familiar fue adquirida por D. Edmundo con anterioridad a contraer matrimonio y él es el único titular de la misma.

Este motivo ha de ser acogido por las mismas razones que el anterior. Se trata de obligaciones *propter rem* derivadas de la titularidad del bien que, por ello, corresponde satisfacer al propietario, sin perjuicio de que en el conjunto de las medidas derivadas de la ruptura matrimonial se tenga en cuenta la situación creada por el hecho de que dicha carga recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges-propietario de la vivienda— mientras no puede hacer uso de la misma por haber sido reconocido éste a favor del hijo menor y de la madre a la que se atribuye la guarda y custodia. La estimación del recurso de casación comporta que no se impongan las costas causadas por el mismo (arts. 394 y 308 LEC), con devolución del depósito constituido para su interposición. La desestimación del recurso por infracción procesal supone que se impongan las costas causadas por el mismo a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido. (STS de 24 de abril de 2018; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

26. Pactos prematrimoniales.—Las partes, él nacido en el año 1950 y ella en el año 1971, ambos divorciados, él abogado y ella, según manifiesta, con trabajo en el Ministerio de Hacienda de Rusia y madre de una hija, se conocieron en las redes sociales, viniendo la Sra. Gloria, con su hija, a España e iniciando una convivencia con el Sr. José Miguel, en el año 2006. El 18 de junio de 2009 comparecieron ante notario, manifestando, entre otras cosas, que en caso de separación o divorcio, ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal cuyo uso corresponderá al esposo. El 18 de diciembre de 2009 contrajeron matrimonio. Se interpuso demanda de divorcio el 4 de enero de 2016 por la Sr.^a Gloria, en la que solicita pensión compensatoria, y litis expensas, proceso al que se acumuló el iniciado por el Sr. José Miguel en otro Juzgado de Valencia.

La sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Valencia, estima parcialmente la demanda, acuerda el divorcio y fija una pensión compensatoria para la demandante de 400 euros al mes durante dos años y le concede 3.000 euros de litis expensas. Para la temporalidad tiene en cuenta la edad y la formación de la demandante.

En cuanto a la validez del pacto prematrimonial, la sentencia dictada en primera instancia, con invocación de la jurisprudencia de esta Sala centra la cuestión en determinar si el pacto limita la igualdad o dignidad de alguno de los cónyuges: «Se trata de analizar si lo pactado lesionaba el derecho a la igualdad de la Sr.^a Gloria, por el sometimiento que implicaba, ya que ésta al momento no sólo de la firma sino incluso también al momento de la ruptura carecía de recursos económicos, de cualquier tipo de ingresos, de autonomía económica». Acude a la STS de 24 de junio de 2015, en el que ambas personas eran también instruidas y preparadas, como en el presente caso, y resalta que resulta de la sentencia que «solo si se parte de un estado de necesidad de

uno de los cónyuges, en el cual el otro tiene una economía saneada, de forma que la separación o divorcio causante un importante desequilibrio puede considerarse conculcando el derecho a la igualdad de los cónyuges y con ello contrario el pacto a la ley, en aras a lo establecido en el artículo 1328». Con base a la citada argumentación concluye que la renuncia de la parte actora a la pensión compensatoria fue nula, por contraria al derecho a la igualdad y no por estar viciado su consentimiento. La sentencia refiere absoluta precariedad de la demandante.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, revoca la de instancia y ante los antecedentes fácticos expuestos tiene en cuenta el carácter disponible de la pensión compensatoria, de puro contenido económico, la autonomía de la voluntad y entiende que es un negocio jurídico válido y que «no existe conculcación del derecho de igualdad de ambos cónyuges, pues como se desprende los autos ambos por edad, profesión y experiencia anterior, eran plenamente conscientes del acuerdo a que habían llegado de tipo económico, entre lo dos, ante Notario, afectando sólo y exclusivamente a los mismos en el orden económico, dada la inexistencia de hijos comunes».

El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC y se estructura en dos motivos. 1.º) Se denuncia la infracción de los artículos 97, 1328 y 1255 CC, en relación con el artículo 90.2 CC y los artículos 24.1 y 39 CE y aplicación indebida de la doctrina del TS sobre la validez de los pactos prematrimoniales y los límites a los mismos. 2.º) Infracción de los artículos 103.3 y 1318 CC., por falta de aplicación, en relación con la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

Prueba de los hechos.—El FD 1.º de la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida dice: «Debe tenerse en cuenta para resolver los presentes autos que: 1) Se trata de personas nacidas en 1950 y 1971, es decir que cuentan actualmente con 67 y 46 años; 2) Se casaron el 18 de diciembre de 2009, es decir, hace casi ocho años; 3) Al casarse tenían respectivamente 67 y 46 años de edad; 4) Ambos eran divorciados de matrimonio anterior; 5) El esposo es abogado y la esposa trabajaba en el Ministerio de Hacienda en Rusia, según manifiesta la misma; 6) La esposa vino a España tras contactar a través de las redes sociales, en el año 2006; 7) El 18 de junio de 2009 comparecieron ambos ante el Notario realizando las manifestaciones que se contienen en el doc. núm. 13 obrante en autos; 8) Posteriormente, unos seis meses más tarde, el 18 de diciembre de 2009 contrajeron matrimonio; 9) El 21 diciembre 2011 otorgó testamento en los términos que figuran en el doc. núm. 3 que consta en autos.

En el acta notarial de 18 de junio de 2009 se hace constar: 1) Que es intención de los comparecientes contraer matrimonio civil. 2) Que realizarán ante los Registros Civiles correspondientes los trámites para que D.ª Gloria adopte el apellido o los apellidos de su futuro esposo, por lo que pasará a llamarse Elisa. 3) Que para el supuesto de separación o divorcio ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal que se fije en Valencia xxx, cuyo uso corresponderá al Sr. José Miguel, renunciando expresamente D.ª Gloria al uso y posesión del mismo en el supuesto de separación o divorcio, al tener carácter privativo del esposo, compensando, si fuera procedente, la atribución del uso con el alquiler de una vivienda adecuada, en el caso de que hubiera hijos comunes de los que se le atribuyera la custodia para su ocupación por D.ª Gloria, y los menores a su cargo. 4) En cuanto a las disposiciones testamentarias, una vez contraído matrimonio, el Sr. José Miguel, otorga-

rá testamento a favor de su esposa, en tanto no pueda, por la legislación vigente ampliarle el caudal. En idéntica medida se hará lo mismo a favor del esposo en el testamento otorgado por Gloria. El Notario advierte a los comparecientes de los efectos limitados de las manifestaciones efectuadas que constituyen simplemente una manifestación de intenciones.

Validez de los pactos prematrimoniales.—El motivo se funda en la infracción de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la sentencia de 24 de junio de 2015, partiendo de que la renuncia a la pensión compensatoria lo fue sin conocer la trascendencia de lo efectuado y sin conocimiento de la lengua española, encontrándose en una situación de precariedad. Sobre estas alegaciones la Sala declara: 1. Ambos cónyuges habían contraído matrimonios previos, de los que habían obtenido el divorcio. 2. D.^a Gloria se desplazó desde Rusia, para luego traer a su hija, con consentimiento de D. José Miguel. 3. Convivieron desde 2006 y el acta notarial de manifestaciones se otorga en 2009, seis meses antes de contraer matrimonio. La demanda de divorcio se interpone seis años después. 4. En la sentencia de instancia, no contradicha en este aspecto por la de apelación, consta que D.^a Gloria conocía el idioma castellano cuando firmó el acta de manifestaciones, como lo garantiza la presencia del fedatario público. 5. D. José Miguel otorgó testamento el 21 de diciembre de 2011 instituyendo heredera a D.^a Gloria y mejorándola. Igualmente la nombró beneficiaria en las prestaciones de la Mutua- lidad de la Abogacía. De lo expuesto cabe razonar que D.^a Gloria conocía lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa, y por la posibilidad de obtener explicaciones del Notario. El suficiente conocimiento del idioma es un hecho probado, que no puede cuestionarse en casación.

Pactos prematrimoniales y orden público.—Fijado este extremo, cabe analizar si los pactos prematrimoniales son contrarios al orden público. Debemos declarar que la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un desenvolvimiento de ella que posibilitan un marco económico fluido, por lo que no consta alteración del orden público. Es más, los cursos desarrollados por D.^a Gloria, en España, en la Escuela Oficial de Idiomas, homologando su conocimiento del ruso y cursando estudios de español para extranjeros y de inglés, le facultan para una rápida inserción laboral que no hace aconsejable la fijación de una pensión compensatoria y por ello no puede entenderse cuestionado el orden público (art. 1255 CC). Estos elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz. Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada (arts. 14, 17, y 19 CE). En base a todo ello no puede considerarse infringida la doctrina jurisprudencial recogida en STS de 24 de junio de 2015.

El recurso basado en la infracción de los artículos 103.3 y 1318. 3, CC., sobre denegación de *litis expensas*, se desestima por carencia manifiesta de fundamento en cuanto mezcla cuestiones heterogéneas en el mismo motivo, plantea cuestiones ajenas al recurso de casación y altera la base fáctica de la sentencia afirmando cuestiones que no forman parte del supuesto de hecho

que contempla la sentencia recurrida como resultado de la valoración de la prueba (art. 483.2.4.º LEC).

Esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Gloria contra sentencia dictada en apelación por la Sec. 16.^a de la Audiencia Provincial de Valencia. confirmando la sentencia recurrida en todos sus términos, con imposición de las costas a la recurrente, con pérdida del depósito. **(STS de 30 de mayo de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—Es notorio que se incrementan los matrimonios entre ciudadanos españoles y extranjeros, creciendo así su litigiosidad, aunque el aquí contemplado entre español y rusa no es de los más exóticos o singulares por razón de la nacionalidad. Tratándose de adultos con previa experiencia conyugal en sus respectivos países, cabe plantear, sin embargo, algunos puntos menos claros y dudosos abordados en esta sentencia: Al margen de omitirse en la sentencia el régimen económico del matrimonio al que se sujetó la pareja en España —presumiblemente el de separación—, ¿Es plenamente convincente que, probado el conocimiento de la lengua española por la esposa rusa permite deducir de ello el suficiente y adecuado conocimiento del derecho matrimonial español al que la interesada se somete? ¿Debe el Notario ante la pareja, que comparece voluntariamente, cerciorarse de que la parte extranjera conoce eficazmente la legislación española a que se refiere el acta? ¿No debiera considerarse, más bien, indicio negativo la advertencia final del propio Notario? Consecuentemente, con base en los hechos probados no parece indubitable que la esposa rusa conocía suficientemente el derecho económico matrimonial español al renunciarlo preventivamente. Añádase, con carácter general, la conveniencia de regular este tipo de contratos en el Código civil. (*G. G. C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

27. Sucesión intestada: Incapacidad para suceder a un hijo por indignidad.—Son hechos relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

D.^a Mari Juana presentó demanda en la que solicitaba que se declarase la incapacidad para suceder de D. Hilario, respecto de su hijo fallecido Miguel por causa de indignidad, con invocación del artículo 756.1.º y 7.º CC. La demandante alegó que el demandado como padre, había desatendido completamente al hijo de ambos, que a los quince meses fue ingresado por urgencias por un meningitis, quedándole como secuela una parálisis cerebral con plena dependencia de otra persona. Alega que pese a los reiterados ingresos hospitalarios ignoró a su hijo sin preocuparse por su estado o evolución de su enfermedad, sin volver a ver al niño, y abonando únicamente 5000 euros de los alimentos impuestos por sentencia (desde el año 2007 al 2013), cuando debieron ser 33.200 euros y sin comparecer en el proceso iniciado para privarle de patria potestad, que no terminó por fallecimiento del menor. La demandante entiende ante esos hechos que concurre causa de indignidad del demandado para suceder a su fallecido hijo, por abandono sin remordimiento alguno de un menor con parálisis cerebral, dependiente total para todas las

actividades de la vida, que requirió constante atención médica e ingresos, sin visitarlo ni contribuir pese a conocer la precariedad económica, incumpliendo gravemente el deber de asistencia moral y económica de su hijo.

Frente a la pretensión formulada en su contra, el demandado alega no haber existido abandono alguno, respondiendo la demanda a una estrategia de la actora para que el demandado no reciba nada de la herencia de su hijo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Avilés dictó sentencia el 9 de septiembre de 2015 desestimó la demanda porque, a su juicio, la actora, a quien incumbe probar los hechos, no ha conseguido acreditar la concurrencia de la causa de indignidad. Entiende que: «Al margen de valoraciones subjetivas o éticas, no se aprecia, ni se ha objetivado, el grado de abandono para que entre en juego o pueda apreciarse, la causa de indignidad alegada, conforme constante jurisprudencia». En síntesis desestima la demanda por las siguientes razones: El demandado cumplió parcialmente la obligación de pagar alimentos acordados en convenio regulador en el año 2007, pagó ciertas deudas comunes, no hubo reclamación judicial o extrajudicial por impago de pensión alimenticia, ambos progenitores de forma conjunta en el año 2008 demandaron indemnización para el hijo (que consiguieron por sentencia firme en 2011), contribución por el abuelo paterno al pago de la provisión de fondos de 1500 euros, desplazamientos permanentes a Asturias del demandado según vida laboral que dificultan un régimen de visitas normalizado. Añade la sentencia que la firma del documento n.º 4, dada la índole de las afirmaciones que contiene carece de validez alguna.

Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la demandante por infracción de los artículos 319 y 326 LEC y consiguiente error en la valoración de la prueba, pues la sentencia no solo prescindía de un documento reconocido, que además había sido firmado con pleno conocimiento de causa en tanto le fue entregado con antelación más que suficiente y tras haber recibido el cliente asesoramiento letrado y de su familia, sino también del resto de la prueba, de documentos acreditativa de que a los pocos meses del cese de la convivencia el demandado se había desatendido del pago de la pensión de alimentos pactada para el hijo común, no obstante haber tenido trabajo durante todo ese tiempo e incluso mejorado sus condiciones respecto de las que tenía al tiempo del convenio regulador y ser perfectamente consciente de que el importantísimo quebranto de su salud sufrido por su hijo cuando apenas si tenía un año había comportado, que durante toda su corta y desgraciada vida exigiera atención constante y cuidados médicos especializados, incluidas ocho operaciones quirúrgicas y tratamientos de fisioterapia y rehabilitación que no siempre podía ser prestados por el sistema público de salud; y en segundo lugar prescindía igualmente del hecho reconocido en la contestación de nula implicación del demandado en el cuidado del niño, de manera que su falta de colaboración tenía que ser suplida por la extraordinaria y abnegada dedicación del otro progenitor, a costa de comprometer su propio desempeño laboral.

Correspondió conocer del recurso a la sección num. 6 de la Audiencia Provincial de Oviedo que dictó sentencia el 9 de mayo de 2016 por la que estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia, y declaró al demandado D. Hilario incapaz por indignidad para suceder a su fallecido hijo Miguel. Comienza su motivación la sentencia de la Audiencia Provincial con una exposición legal y doctrinal sobre la cuestión a decidir. El artículo 756 CC, en la redacción vigente al tiempo del fallecimiento del menor acaecido el 10 de diciembre de 2013, indicaba que son incapaces de suceder por causa

de indignidad los padres que abandonaren a sus hijos y también que tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 CC. El concepto legal de abandono va más allá de la simple exposición incluyendo también el rompimiento absoluto, por toda la vida, de la relación paterno filial desde la infancia del hijo, desentendiéndose de las obligaciones de alimentarle, acompañarle, educarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas (SSTS de 3 de diciembre de 1946 y 28 de febrero de 1947), sin que por el contrario requiera que el menor haya quedado desamparado si ello ocurrió. A continuación la sentencia afirma literalmente: «El desapego paterno y la delegación en el otro progenitor de los extenuantes cuidados que precisaba el menor son cuestiones igualmente reconocidas y, de no ser así, se habrían considerado igualmente acreditadas con la prueba practicada en la instancia porque ni siquiera los familiares directos propuestos como testigos por el demandado osaron calificarle como buen padre, oscilando entre los que señalaron que sin duda podría haberlo sido mejor y los que simplemente optaron por descartar que se hubiera desentendido absolutamente de su hijo, refiriéndose en esencia al menguado auxilio económico que le había prestado pues en lo personal ninguno osó rebatir la mínima implicación paterna en relación a un hijo, particularmente desvalido; por el contrario los demás testigos examinados confirmaron el lamentable olvido paterno, que igualmente traslucirían las certificaciones expedidas por los profesionales que desde distintas perspectivas habrían prestado atención al niño, como su pediatra, directora del centro escolar o presidente de la asociación de padres del mismo; y no puede el demandado excusar su falta de implicación familiar en razones laborales porque, en primer término, su absentismo familiar se dio tanto cuando estaba trabajando fuera del territorio como cuando regresó al mismo, y en segundo lugar porque consta que visitaba Corvera con cierta frecuencia y sin embargo nunca dedicó sus periodos de descanso laboral a cosa distinta de su propio disfrute y esparcimiento sin colaborar en absoluto en el cuidado del niño; tampoco le exonera de dicho reproche que, al parecer, tuviera una pésima relación personal con la abuela materna con la que convivían su pareja e hijo pues no consta que, pese a ello, le hubiera sido negado relacionarse con este y participar de su cuidado. En todo caso, aunque prescindieramos del reproche que suscita el desapego paterno, reiteramos que bastará constatar que en efecto había incumplido su obligación de dar alimentos para considerarlo incapaz para suceder a su hijo».

Como corolario de su motivación fáctica respecto a los alimentos concluye que: «Debe entenderse que el incumplimiento de la obligación de dar alimentos fue absolutamente voluntario y constituye causa de incapacidad por indignidad para suceder a su hijo, que es también lo que se deducía del documento litigioso reconocido; a mayor abundamiento, por sorpresivo que parezca, consta en autos que la firma del mismo fue precedida de consultas con su abogado y con otros miembros de la familia que le desaconsejaron vivamente hacerlo, no obstante lo cual el apelado decidió suscribirlo para así cobrar la cantidad que la sentencia había reconocido como daño a cada progenitor, sesenta mil euros, una vez deducidos los gastos que había comportado el pleito, evidenciando con ello una vez más que, lejos de cualquier altruismo, lo único que le importaba en ese punto era su propio y personal interés».

La representación procesal de la parte demandada interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

En relación con el primero, la sentencia recurrida no da prioridad al documento privado sobre el resto de medios probatorios, sino que lo valora en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba (SSTS de 30 de junio de 2009 y 15 de noviembre de 2010), pues conoce y cita, la doctrina de la Sala de que el contenido del documento puede ser sometido a apreciación con otras pruebas, así como que corresponde al demandado destruir la presunción de veracidad de sus manifestaciones. A esa labor dedica el Tribunal su motivación, de forma minuciosa, pues la sentencia de primera instancia se limitó a decir, sin más, que por la índole de las afirmaciones que contiene el documento la firma del mismo carece de validez alguna. El documento reconoce la grave discapacidad del hijo y, aunque no es objeto de debate, el Tribunal recoge en qué consiste ésta y su entidad, de acuerdo con la documental venida a autos. El documento, que es sencillo y claro en sus expresiones, sin términos o construcciones gramaticales poco comprensibles para legos en materias jurídicas, afirma que «nunca fue para mí un hijo querido ni deseado», así como que «nunca he actuado como padre, olvidándome y desentendiéndome completamente de él», absteniéndose de invitarle y de cubrir sus necesidades económicas. No se aprecia, por tanto, error patente ni incontrovertible. El recurrente, consciente de la claridad de lo que reconoce en el documento alega que obedeció a motivos espurios de la autora. Pero como también es consciente de que lo suscribió con asesoramiento de letrado, pone en entredicho el buen hacer profesional de éste, aunque sin llamarlo a testificar relevándole del secreto profesional hacia él, a fin de que explicase que no justificaba que se suscribiese ese contenido «impresentable», en palabras del recurrente, así como para que el letrado en cuestión no viene criticada su labor sin poderse defender. Concluimos que si los incumplimientos fueron o no graves, a efectos de indignidad para suceder, excede del aspecto fáctico de este recurso, y como valoración jurídica es propia del ámbito del recurso de casación.

El motivo único del recurso de casación tiene idénticas carencias formales que el recurso extraordinario por infracción procesal pues se estructura como un escrito de alegaciones, se invoca la oposición o desconocimiento en la sentencia de apelación de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, interpretativa de las causas de desheredación por ingratitud previstas en el artículo 756 CC, invocando algunas sentencias de aquel. Estas últimas coinciden en que la jurisprudencia exige una interpretación restrictiva en la aplicación de las causas de carácter claramente sancionador señaladas en el artículo 756 CC, sin embargo deciden sobre supuestos que en nada coinciden con el que aquí se enjuicia. La STS de 11 de febrero de 1946 se refiere a la omisión por el heredero de la obligación de denunciar la muerte violenta del testador. La STS de 26 de marzo de 1993 conoce del abandono del padre a la hija, a la que no prestaba ayuda alguna, ni pasaba pensión alimenticia, si bien con la matización de que la hija era mayor de edad y sin prueba de padecer necesidades perentorias insatisfechas, sino más bien al contrario. La STS de 28 de junio de 1993 tiene por objeto la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, al que abandonó sentimentalmente durante su última enfermedad, y, además, es sobre causa de desheredación.

El supuesto objeto del presente litigio se circunscribe al abandono por su padre de un menor de edad con parálisis cerebral y al incumplimiento hacia él por el demandado de la obligación de darle alimentos (art. 756.7 CC).

vigente al tiempo del fallecimiento del menor acaecido el 10 de diciembre) lo que evidentemente se separa sustancialmente de lo decidido en las sentencias citadas en las que el recurrente funda el interés casacional. Para ofrecer respuesta al recurso, y una vez que se ha desestimado el extraordinario por infracción procesal, hemos de partir del escrupuloso respeto a los datos fácticos que se tienen por probados; de forma que solo merecerá nuestra atención las valoraciones jurídicas de la sentencia recurrida. La discapacidad del hijo puede ser un factor relevante para valorar la gravedad de la desatención hacia él, pero no es relevante para considerar aplicable la causa 7.^a del artículo 756 CC., pues la atención que es debida lo sería en su calidad de menor de edad sujeto a la patria potestad, y no al amparo de los artículos 142 a 146 CC por su discapacidad. La doctrina de la Sala, que trae a colación la sentencia de 20 de julio de 2017, por remisión a la sentencia de 17 de febrero de 2015, contiene las siguientes declaraciones: De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre y 8 de noviembre de 2013). De ahí que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención. De ahí que lo que merezca nuestra atención sea el abandono del hijo, previsto como causa de indignidad en el núm. 1.º del artículo 756 CC en la redacción vigente a la fecha del fallecimiento del menor.

A juicio de la sentencia recurrida el concepto legal de abandono va más allá de la simple exposición, incluyendo también «el rompimiento absoluto, por toda la vida, de la relación paterno-filial desde la infancia del hijo, desentendiéndose de las obligaciones de alimentarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas (sentencias de 3 de diciembre de 1946 y 28 de febrero de 1947)». Coincide en ello autorizada doctrina que sienta que la expresión de abandono ha de entenderse en sentido amplio, como falta de cumplimiento de deberes de asistencia y protección, tanto físicos como morales y económicos. El abandono vendría referido al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad: velar por los hijos, tener los en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154.2, 1.º CC). Así lo viene reafirmando las resoluciones dictadas al respecto por Audiencias Provinciales, y es que una cosa es que las causas de indignidad sean de interpretación restrictiva, exigiéndose que se constate casos claros y graves, y otra que sea restrictiva la interpretación o entendimiento de la concreta causa (STS de 30 de enero de 2015), excluyendo del abandono el incumplimiento de deberes familiares impuestos por el ejercicio de la patria potestad, lo que no se compadecería con la naturaleza de la previsión legal.

Si se aplica a la causa de indignidad que nos ocupa las valoraciones jurídicas que hace la sentencia recurrida sobre los hechos probados, el recurso no puede ser estimado, pues no suponen una interpretación extensiva sobre la existencia de la causa, ya que tiene por demostrado el abandono grave y absoluto del hijo por el padre, sin atenuante o paliativo que lo justifique. De tales valoraciones, y teniendo en cuenta la grave discapacidad del hijo, el incumplimiento de los deberes familiares personales del padre hacia aquél no merecen otra calificación que la de graves y absolutos, y otro tanto cabría

decir de los patrimoniales, pues aunque hayan mediado algunos pagos de la obligación alimenticia convenida, sustancialmente no se ha cumplido ésta, y como se razona no se valora como involuntario tal incumplimiento. No deja de ser llamativo que el demandado, aquí recurrente, ante una demanda en su contra de pérdida de patria potestad, con la gravedad que ello supone en las relaciones paterno filiales, no se personase y fuese declarado en rebeldía, pues si la demanda hubiese prosperado, lo que no sucedió por fallecer el menor en el curso del proceso, la causa de indignidad no ofrecería duda, como expresamente se prevé en el pár. 3.º del núm. 2.º del artículo 756 CC en la redacción actual por Ley de 2 de julio de 2015 de Jurisdicción Voluntaria.

Como corolario cabe concluir que, partiendo de los hechos probados, es grave y digno de reproche que el menor desde el año 2007 hasta su fallecimiento en el año 2013 careciese de una referencia paterna, de un padre que comunicase con él, le visitase y le proporcionase cariño, afectos y cuidados, obligaciones familiares de naturaleza personal de indudable trascendencia en las relaciones paterno filiales, y todo ello sin causa que lo justificase. Pero aun es más grave y más reprochable si el menor, a causa de padecer una enfermedad a los 16 meses de edad, sufría una severa discapacidad que exigía cuidados especiales. Fruto de la gravedad de esa conducta paterna es que la reprochabilidad de la misma tenga suficiente entidad para acarrear, como sanción civil, su incapacidad por indignidad para suceder al menor. Tal reproche se implementa con el incumplimiento sustancial por parte del padre de las obligaciones alimenticias convenidas para el menor. La sentencia recurrida razona por qué los pagos parciales que se hicieron por el padre, en determinadas épocas, de tal obligación patrimonial no excluyen el incumplimiento sustancial de la misma, así como también razona por qué no acoge las justificaciones que ofrece la parte en su defensa. Tales razonamientos no pueden tacharse de ilógicos, absurdos o arbitrarios y, por ende, tal incumplimiento patrimonial coadyuva al personal, que es el esencial, para calificar la gravedad de la conducta del demandado, aquí recurrente, con la consecuencia en el orden sucesorio.

Según lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC, se impone a la parte recurrente las costas de ambos recursos. **(STS de 23 de abril de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Supuesto de hecho singular por la existencia de una declaración escrita del progenitor incumplidor, previamente deliberada que, incluso podría calificarse hasta de provocadora frente a la madre que asumió de hecho el cuidado y atención del hijo común gravemente enfermo y fallecido a los seis años. Por razón de la fecha en que ocurrieron los hechos, la Sala aplica el texto anterior a la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y es plenamente de aprobar, superando las deficiencias técnicas de los recursos. (G. G. C.)

28. Sucesiones. Desheredación. El maltrato psicológico como manifestación del maltrato de obra reiterado que es causa de la desheredación. No lo integran las duras opiniones vertidas puntualmente en las redes sociales.—La jurisprudencia de la Sala ha insertado el maltrato psicológico reiterado dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del artículo 853.2.º CC, al entender que es una acción que puede lesionar la salud mental de la víctima (SSTS de 3 de junio de 2014 y de 3 de enero de 2015). Sin embargo, los hechos referidos no son susceptibles de ser valorados como

maltrato psicológico, en tanto la dureza de las opiniones sobre el padre vertidas en las redes sociales constituye un hecho puntual que no integra un maltrato reiterado y su eficacia como causa desheredatoria queda desvirtuada por el posterior intercambio de mensajes familiares con su padre y por el hecho de que el causante, que se suicidó al día siguiente de otorgar testamento, no hizo mención alguna a esta causa de desheredación en su testamento, sino, de forma genérica, a la ausencia de falta de comunicación.

La desatención afectiva como causa de desheredación.—Para que la falta de relación familiar afectiva pueda integrar una causa de desheredación sería necesario que dicha desatención fuera causante de daños psicológicos que pudieran encajar en la modalidad de maltrato antes señalado. Pero, además, solo la falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como tal; lo que no acontece en el caso, toda vez que dicha ausencia de relación tiene su origen en las profundas desavenencias y la mala relación con el testador, que se originaron durante la infancia de la hija desheredada, que llevó a la autoridad judicial a suprimir las visitas a las que aquél tenía derecho con respecto a esta última. Por consiguiente, no es imputable a la hija, que era una niña, la mala relación y el distanciamiento con su padre. (STS de 27 de junio de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El testador desheredó a la hija habida de un anterior matrimonio, con la que no mantenía buenas relaciones, hasta el punto de que, siendo menor de edad, se había acordado por la autoridad judicial la supresión del derecho de visita que el padre tenía para relacionarse con la hija, a la vista de las fuertes desavenencias y mala relación que ésta mantenía con su progenitor y la nueva compañera de éste. Transcurridos los años, y habiéndose retomado los contactos, con acercamientos positivos y también con algún episodio de enfrentamientos entre padre e hija, aquél otorgó testamento declarándola desheredada, pero sin especificar la causa de dicha desheredación y aportando al testamento varios documentos de los que podría inferirse una posible causa. Fallecido el padre y abierta la sucesión, la hija demandó a la compañera de su padre, al hijo habido con ésta y al albacea, solicitando se declarase la nulidad de la desheredación y se le reconociera su derecho a obtener por legítima lo que le correspondía. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al entender que no se había expresado la causa de la desheredación, además de quedar probada la existencia de una reconciliación entre padre e hija. Consideró también que el comportamiento contradictorio del causante había generado una falta de comunicación y entendimiento entre el testador y la heredera, que no eran causa suficiente para desheredar y, menos aún, le era imputable a la hija toda vez que se habrían producido durante su minoría de edad. La Audiencia Provincial de Santander desestimó el recurso de apelación de los demandados al entender que no había quedado acreditado el maltrato de obra derivado de las desavenencias entre padre e hija, ni tampoco un daño psicológico provocado por la presunta desafección emocional. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

29. Derecho de sucesiones: Institución a favor de hermana, sin descendientes, con carga modal.—El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la calificación jurídica de la obligación impuesta por la testadora a la instituida heredera, bien como condición suspensiva, o bien como carga modal. En el testamento otorgado el 2 de febrero de 2012, la testadora D.^a Socorro, viuda y sin descendientes, dispuso lo siguiente:

«Segunda: Instituye como heredera universal en todos sus bienes, derechos y acciones a D.^a Reyes, vecina de Villafranca del Bierzo, con la obligación de cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento, dispensándole toda clase de cuidados, sustituida vulgarmente, para los casos de premoriencia, o de no poder o no querer aceptar la herencia, por aquel de sus descendientes que esté dispuesto a cumplir o seguir cumpliendo la obligación impuesta. Si a la heredera le sobreviniesen circunstancias personales o familiares que le imposibilitaran seguir cumpliendo la condición o falleciese antes de la testadora será compensada por el que ocupe su lugar, con un porcentaje del valor de los bienes dejados en proporción a los años en que cuidó y atendió a la testadora. Tercera: Designa a sus vecinos D.^a Carmen y D. Armando, como personas encargadas de determinar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación impuesta a la institución de heredero. Plazo para el ejercicio del encargo un año a contar desde el fallecimiento de la testadora.»

D. Simón interpuso una demanda en la que solicitaba la nulidad del testamento por incumplimiento de la instituida heredera, su hermana D.^a Reyes, de la condición impuesta por la testadora por la que venía obligada a cuidarla y asistirle hasta el momento de su fallecimiento, por lo que debía procederse, en consecuencia a la apertura de la sucesión intestada de la causante. La instituida heredera se opuso a la demanda. Alegó que la testadora no había previsto una propia condición testamentaria, sino una carga modal que había sido cumplido por su parte.

La sentencia de 19 de julio de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Ponferrada desestimó la demanda. Consideró que para la resolución de la controversia planteada resultaba indiferente la calificación jurídica de la obligación impuesta por la testadora, pues lo relevante era si dicha obligación había sido o no cumplida. Tras la prueba practicada, y ante la existencia de versiones contradictorias por los testigos que comparecieron en el juicio, prefirió la versión ofrecida por los testigos que la propia testadora había designado en su testamento como personas encargadas de determinar el cumplimiento de la obligación. Además resaltó, como dato objetivo incontestable, que desde la fecha en que se produjo el incidente que provocó la intervención de la Guardia Civil, con la salida voluntaria de la testadora de la casa de la instituida heredera, y la posterior firma del documento por el que se procedió a la liquidación de los gastos por los cuidados dispensados, habían transcurrido 6 meses durante los cuales la testadora, en pleno uso de sus facultades mentales, ni dirigió requerimiento alguno a la instituida heredera para que cumplierse con la referida obligación, ni tampoco realizó la revocación del testamento otorgado.

El 31 de julio de 2015, la sección 1.^o de la Audiencia Provincial de León estimó el recurso de apelación, revocando la de primera instancia, estimando la demanda y declarando ineficaz la institución de heredera a favor de la demandada, así como la procedencia de abrir la sucesión intestada de la causante, así como que la obligación impuesta a la instituida heredera, de cuidarla y asistirle hasta su fallecimiento, debía ser calificada como condición suspensiva de carácter potestativo, cuyo cumplimiento debía realizarse en

vida de la testadora, de forma que el incumplimiento de la condición impediría la adquisición del derecho testamentario. Con relación al incumplimiento de la condición, y aunque resultó acreditado tanto el cuidado que prestó la instituida heredera durante la estancia hospitalaria de la testadora, meses de enero a marzo de 2012, como la marcha voluntaria de la testadora durante el referido mes de marzo para residir en su casa, de la valoración conjunta de la prueba practicada destacó como hechos relevantes que la instituida heredera conocía la disposición testamentaria y que la testadora y la heredera, el 24 de marzo de 2012, suscribieron un documento privado en el que la testadora liquidaba los gastos ocasionados por la atención dispensada por la heredera durante su periodo de convalecencia, dando por terminada su relación y sin dejar nada pendiente de reclamar. Sin que constase que tras la firma de dicho documento fuera requerida la heredera para prestar algún tipo de atención. Por último restó importancia al hecho de que la testadora, pese al incumplimiento de la condición, no revocase el testamento, pues precisamente el carácter condicional de la obligación impuesta le hacía confiar razonablemente en la ineficacia de la institución de heredera contemplada en su testamento.

La demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestima por plantear cuestiones de naturaleza o índole sustantivas propias del recurso de casación, como son las relativas a la interpretación y ejecución del testamento.

Modo y condición en testamento: Doctrina jurisprudencial.—La demandante al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos:

En el primer motivo la demandada denuncia la infracción de los artículos 797 y 759 CC y de la jurisprudencia que los interpreta. Argumenta que la obligación impuesta a la instituida heredera debe ser calificada de carga modal tanto desde la interpretación del testamento, como desde la interpretación de los citados preceptos, pues la testadora no establece expresamente el carácter de condición suspensiva de la obligación impuesta y además prevé la sustitución vulgar de la instituida heredera por sus descendientes. El motivo debe ser desestimado. Como expresamente reconoce la sentencia recurrida, la cuestión de la calificación jurídica de esta obligación en el marco de la voluntad testamentaria, cuya utilización suele ser típica en numerosos testamentos, es una cuestión compleja y controvertida. Sin duda, la complejidad de la calificación jurídica responde a la deficiente regulación de nuestro Código civil sobre esta materia. Recordemos que a la ausencia de regulación de la carga modal en la sucesión testamentaria se suma la incompleta regulación de la condición suspensiva en las disposiciones testamentarias (arts. 790 ss. CC), así como el peculiar contenido condicional de la obligación impuesta, de carácter potestativo para el favorecido y de realización o cumplimiento en vida del testador, por lo que solo tangencialmente viene contemplada en el seno de la obligación condicional (art. 795 CC). No resulta extraño, por tanto, que la cuestión planteada haya tenido, y tenga, un carácter controvertido tanto para la doctrina científica, como para la doctrina jurisprudencial, tal y como resulta demostrativa la dispar calificación que se le da a esta figura en las SSTS de 21 de enero de 2003 y 18 de julio de 2011. Por lo que interesa que esta Sala fije los criterios de interpretación de la cuestión planteada.

En este sentido, la calificación jurídica que corresponde a la obligación impuesta por la testadora debe realizarse, necesariamente, desde la interpretación del testamento tanto en su vertiente, primordial, de búsqueda o preponderancia de la voluntad realmente querida por el testador (art. 675 CC),

como de su necesaria correspondencia con la declaración formal testamentaria realizada. Desde el primer plano de análisis indicado, la obligación de cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento tiene el carácter de condición suspensiva cuando el contenido de dicha obligación responde, en esencia, a la fijación de la voluntad o finalidad querida por el testador, esto es, suponga la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la disposición testamentaria relativa a la institución de heredero. Desde el segundo plano indicado, esta fijación de la voluntad realmente querida por el testador tiene que estar proyectada, de forma principal, en la declaración formal testamentaria, en su interpretación lógica y sistemática. En el presente caso, ambos planos de análisis concurren en favor de la calificación de la obligación impuesta como una condición suspensiva. En efecto, desde la voluntad realmente querida por la testadora la institución de la heredera solo cobra sentido, o razón de ser, en atención a su carácter condicional, esto es, a que la instituida la cuide y la asista hasta su fallecimiento. En esta línea, su proyección como condición también encuentra una clara correspondencia o base en la declaración formal testamentaria, en donde de forma principal dicha condición vertebrata la interpretación lógica y sistemática acerca de la eficacia de la institución de heredero establecida y, en su caso, de la sustitución vulgar prevista, por lo que su incumplimiento condiciona directamente la eficacia misma de la institución de heredero en toda su extensión (cláusulas 2.^a y 3.^a del testamento). En este contexto, debe señalarse que la aplicación del alegado artículo 797 CC para nada obsta o se contrapone a lo ya expuesto, pues el propio precepto, en la línea de lo argumentado, subordina el criterio interpretativo en favor de la calificación modal de la obligación a la voluntad realmente querida por testador («a no parecer que ésta era su voluntad»).

En el segundo motivo la demandada denuncia la infracción del artículo 798 CC. Argumenta que, en todo caso, la circunstancia que da lugar al supuesto incumplimiento de la obligación, esto es, la salida voluntaria de la testadora del domicilio de la instituida heredera, impide que se le pueda imputar dicho incumplimiento a no mediar culpa alguna por su parte, por lo que en atención al citado precepto debe considerarse cumplida la obligación. Cita en su tesis las SSTs de 10 de julio de 1991 y 18 de julio de 2011. El motivo debe ser desestimado. Aun siendo cierto el hecho alegado por la recurrente, es decir, la salida voluntaria de la testadora de su domicilio, no resulta determinante para la aplicación del citado artículo 798 CC. El fundamento de esta conclusión radica, conforme a la valoración de la prueba en que la instituida heredera, al concluir voluntariamente el cuidado y asistencia de la testadora, realizó un «hecho propio frontalmente contrario al cumplimiento de la condición establecida, tal y como prevé el segundo párrafo del citado precepto. En efecto, en este sentido hay que destacar que la sentencia recurrida considera acreditado que la instituida heredera tenía conocimiento cabal de la disposición testamentaria, esto es, de que la obligación impuesta alcanzaba los cuidados y asistencia hasta el fallecimiento de la testadora y no solo al periodo de convalecencia. Pese a ello, no tuvo reparo, con asistencia letrada, en suscribir con la testadora un documento privado mediante el cual se liquidaban los gastos ocasionados por la atención dispensada, poniendo fin de esta forma a la relación de cuidados y asistencia que existía entre ambas partes y, con ello, al posible cumplimiento de la condición testamentaria.

Por último, en el motivo 3.º la demandada denuncia la infracción del artículo 675 CC. Argumenta que dicha infracción se produce cuando la sentencia recurrida, dada la claridad de la disposición testamentaria, no se sujeta

al testimonio realizado por las dos personas designadas en el testamento para confirmar el cumplimiento de la obligación impuesta. Con cita, entre otras, de la STS de 8 de junio de 1982. El motivo debe ser desestimado. Precisamente, por la voluntad querida y manifestada por la testadora (art. 675 CC) de condicionar la propia eficacia de la institución de heredera al cumplimiento de una relevancia determinante conexas a la misma esencia o razón de ser de la institución contemplada. En el presente caso, ambas instancias han considerado necesario acudir a la prueba extrínseca al testamento para determinar el cumplimiento de la condición impuesta por la testadora, si bien con distinto resultado en la valoración conjunta de la prueba, particularmente tras el análisis crítico del testimonio de las personas designadas en el testamento que realiza la Audiencia. Por lo que la conclusión interpretativa que alcanza la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser respetada en casación al no ser ilógica o contraria a la voluntad querida por la testadora.

La desestimación de ambos recursos comporta que las costas causadas por dichos recursos se impongan a la parte recurrente (art. 398.1 LEC). Procede asimismo ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de los mismos (DA 15.ª LOPJ). (**STS de 30 de mayo de 2018**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Sentencia de aprobar después de una minuciosa argumentación sobre esta figura, escasamente regulada en el Código civil. Una persona que no tiene más parientes consanguíneos que hermanas, encarga testamentariamente a una de ellas que la cuide y la asista en los últimos años de su vida. Si lo cumple adecuadamente la heredará (sucesión voluntaria) en la totalidad de sus bienes. Nombra a dos personas ajenas que examinen si ha cumplido la obligación impuesta; asimismo si ocurren incidencias antes del óbito, en cuyo caso debe liquidarse la asistencia prestada y negociarse otro asistente. Fallecida la testadora, una hermana no beneficiaria, solicita que se anule el testamento por incumplimiento de la obligación impuesta a la heredera. Hay unos hechos poco claros en los autos (intervención de la Guardia Civil) e internamiento temporal en una clínica de la testadora. Asimismo queda probado que en cierto momento la testadora abandona el domicilio de la heredera, abonándose a ésta los gastos que le había ocasionado la prestación de asistencia. Fallecida la testadora, la hermana no heredera solicita la declaración de nulidad del testamento por incumplimiento de la obligación de asistencia, lo que dará origen a la sucesión intestada. Sentencia plenamente de aprobar. (G. G. C.)

30. Liquidación de la sociedad de gananciales con carácter previo a la partición de la herencia y liquidación extrajudicial de la sociedad.— Cuando la sociedad de gananciales se disuelve por el fallecimiento de un cónyuge, la liquidación de la comunidad se presenta como un acto previo necesario para fijar el haber partible, integrado por los bienes privativos y los que corresponden al causante en virtud de la liquidación de la comunidad. Solo se admite la partición sin liquidación de la sociedad, cuando los intereses en presencia no se vean vulnerados.

La liquidación de la sociedad de gananciales extrajudicial, en este contexto, requiere el consentimiento unánime de todos los partícipes.

Por tanto, cabe que el contador partidor designado por ambos cónyuges practique la partición e ambas herencias sin liquidar previamente los gananciales adjudicando bienes concretos cuando según las circunstancias del caso no se vulneren intereses en presencia y no se produzcan alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes a adjudicar a cada heredero.

Si se disuelve una sociedad de gananciales por muerte del esposo y en la herencia posterior de la esposa se declaraba que se partirían conjuntamente ambas herencias, en atención a que el contador designado por el esposo había fallecido sin realizar ninguna operación y en atención a que los bienes del difunto marido eran esencialmente gananciales, resulta necesaria la intervención en la partición de los herederos del esposo. Ello, por cuanto ocupan su puesto y el esposo no confiere facultad alguna al albacea designado por la esposa.

Actos propios y legitimación para impugnar el testamento y la partición.—El rechazo a la firma del cuaderno de partición hereditaria realizado por el albacea sobre la base de que existen errores en la valoración de algunos bienes de la herencia equivale a un reconocimiento de la eficacia del testamento y la partición realizada conforme a él. Por eso, actúa contra sus propios actos quien después acciona para que se declare la ineficacia del testamento y la partición y queda privado de legitimación activa. **(STS de 25 de abril de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—A falleció el 13 de mayo de 1985, bajo testamento otorgado el año anterior por el que concedía el usufructo universal y vitalicio a su esposa B, y nombraba herederos a partes iguales a sus dos hijos C y D. A y B estaban casados en régimen de gananciales, pero al fallecimiento de A no se liquidó la sociedad de gananciales. Asimismo, A nombró albacea a E, para el caso en que alguno de los herederos lo solicitara.

B falleció el 31 de julio de 2004. Su testamento, de 2003, nombraba herederos por mitad a su hijo C y, sus nietos F y G, hijos de su hijo D, premuerto en 2002. En su testamento, B declaró albaceas-comisarios-contadores-partidores a H y I, para que liquidaran la sociedad conyugal. Dado que el primer albacea, E, había fallecido sin realizar ninguna operación, B expresó su voluntad en el testamento de que la partición de ambas herencias, la suya y la de su marido A, se practicase conjuntamente. En el testamento de B se contenía también una cláusula que sancionaba al heredero que no aceptase la presente disposición testamentaria, fuere promotor de intervención judicial o perturbador del normal cumplimiento de las demás disposiciones testamentarias a la reducción de sus derechos sucesorios al tercio de legítima estricta, los cuales pasarían, por igual, a los que acataren la voluntad del testador en la parte de los tercios de mejora y libre disposición.

D, el hijo premuerto de B (y a) había fallecido sin testamento en 2002; el 29 de abril de 2004 se otorgó acta de notoriedad por el que se declaraba herederos abintestato de D a sus dos hijos, F y G sin perjuicio de los derechos que correspondieren a la cónyuge de D, J.

El 21 de julio de 2004, F, G y su madre, J, interpusieron demanda de división judicial de la herencia de A, abuelo de F y G, y suegro de J. Señalaron, como interesados en la herencia, a su tío, C y a

su abuela, B. Después del fallecimiento de B, diez días después de la demanda, desistieron frente a ella y más tarde desistieron del procedimiento.

El 29 de julio de 2009, F, G y J recibieron un requerimiento notarial para protocolizar la partición de la herencia realizada por H. El 24 de julio comparecieron los tres en la notaría y declararon no estar de acuerdo con los términos del cuaderno, ni con alguna de las valoraciones que se atribuían a las fincas, por lo que rehusaron firmarlo. El 29 de julio, C, hijo de A y B, compareció en la notaría y declaró su conformidad con la herencia.

El 9 de diciembre de 2010, C falleció y dejó dos hijos, L y M, y una viuda, N.

El partidor H falleció en 2013, dejando dos hijos y mujer.

El 15 de mayo de 2013, la nieta F, interpuso demanda contra su hermano, G y su madre J, contra sus primos L y M, su tía, N, y los herederos del albacea H.

En la demanda solicitó la nulidad de tres cláusulas del testamento de su abuela, B: la que atribuía al albacea-contador la facultad de liquidar la sociedad conyugal con A; la que encomendaba al albacea-contador la partición conjunta de ambas herencias; la que contenía la *cautela socini* y sancionaba a los herederos que promovieran intervención judicial.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda y su sentencia fue confirmada por la Audiencia. (A. I. R. A.)