

Sentencias

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

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTÍZ** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Cristina ARGELICH COMELLES** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos CASTELLS SOMOZA** (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Profesor titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN** (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Jose María MARTÍN FABÁ** (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora permanente laboral de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ** (Doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTA-NA NAVARRO** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **María ZABALLOS ZURILLA** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid).

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Diferencia entre los daños permanentes y los daños continuados, y el inicio del cómputo del plazo de prescripción en cada caso.–Es doctrina del Tribunal Supremo que los daños permanentes o duraderos son aque-

los que se producen en un momento determinado por la conducta del demandado y se agotan en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo (STS 28/2014, de 29 de enero). En definitiva, se trata de daños puntuales y estabilizados, aunque pueden persistir en el tiempo si no se reparan. Por su parte, los daños continuados, son aquellos duraderos e inestables, que se expanden en el tiempo agravándose, es decir, los caracteriza una producción sucesiva. Se trata, por tanto, de daños que tienen su origen en una actividad dañosa que opera día a día, aunque llegará un determinado momento en el que se estabilizarán, conociéndose entonces su alcance total. En cuanto al cómputo del plazo de la prescripción de la acción civil hay que tener en cuenta, de conformidad con el principio *actio nondum nata non praescribitur*, que el inicio del cómputo para la prescripción es el día en que la acción puede ejercitarse (SSTS 340/2010, de 24 de mayo; 896/2011, de 12 de diciembre; 535/2012, de 13 de septiembre; 480/2013, de 19 de julio; 6/2015, de 13 de enero; 279/2020, de 10 de junio; 326/2020, de 22 de junio; 434/2021, de 22 de junio y 112/2022, de 15 de febrero). Así, la diferencia entre los distintos tipos de daños mencionados justifica que posean un distinto inicio del cómputo del plazo de la prescripción: En el caso de los daños permanentes el plazo de prescripción inicia a correr desde que el perjudicado tiene constancia de los mismos, mientras que, en el caso de los daños continuados, el cómputo del plazo de la prescripción no comienza hasta que se materializa el resultado final, salvo en aquellos casos en que es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (SSTS 544/2015, de 20 de octubre y 589/2015, de 14 de diciembre, entre otras). En el supuesto que nos ocupa resulta de aplicación la Ley de Ordenación de la Edificación, cuyo artículo 18 fija en dos años el plazo de prescripción de las acciones para exigir la responsabilidad por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos en los edificios desde que el momento en que se produzcan y, en este caso, se manifestaron poco después de entregarse la construcción, tras suscribirse el certificado final de obra, dentro del plazo de garantía del artículo 17.1 LOE. Por lo tanto, se hallaban perfectamente determinados desde el primer momento para el ejercicio en tiempo de las acciones judiciales pertinentes. **(STS de 10 de mayo de 2022; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los demandantes, como propietarios y promotores de la casa, sita en San Feliu de Codines (Barcelona) interpusieron demanda contra Juan Francisco, aparejador, y Construcciones Germáns Marizano López S.A., contratista. A su juicio, son responsables de los defectos del inmueble, que se manifestaron de forma paulatina desde la terminación de la vivienda. Se trata de defectos de filtración que se producen en los días de lluvia y de falta de revestimiento de un muro con piedra natural.

El juzgado de primera instancia desestima la demanda, pues considera que la acción para exigir la responsabilidad debió ejercitarse en el plazo de dos años desde que se produjeron los daños, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 LOE pues, según afirman los propios actores, los daños aparecieron desde la terminación de la vivienda, es decir, desde la entrega de la misma.

En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona razona que no se trata de filtraciones que se producen de forma consecutiva, sin solución de continuidad, por lo que deben califi-

carse como daños permanentes lo que demuestra que la acción de garantía de buen funcionamiento ha prescrito, conforme lo dispuesto en el artículo 18.1 LOE, confirmando la sentencia de primera instancia.

Los propietarios recurren de nuevo ante el Tribunal Supremo, que desestima sendos recursos de infracción procesal y de casación, interpuestos contra la sentencia recurrida. (*M. Z. Z.*)

2. Accidentes de circulación. Acción directa. Plazo de prescripción. *Dies a quo*. Extensión de la interrupción de la prescripción al asegurado por las reclamaciones enviadas al asegurador.—El *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones dirigidas al resarcimiento de los daños producidos con ocasión de un accidente de circulación es aquel en el que se resuelve definitivamente —sea en la vía administrativa o en la vía contenciosa— acerca de las verdaderas consecuencias de las lesiones en la capacidad laboral del damnificado.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como la acción directa del damnificado frente al asegurador es un derecho distinto de la acción de la que dispone contra el asegurado, no hay razón que permita admitir que los efectos interruptores de la prescripción que tienen las reclamaciones extrajudiciales efectuadas contra el asegurado extiendan sus efectos al asegurado. (**STS de 27 de abril de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—El 17 de mayo de 2009 se produjo un accidente entre la motocicleta conducida por el demandante José Antonio, de un lado, y, por otro, el turismo conducido por la demandada Aurelia. Esta última estaba asegurada por la Compañía Zúrich. Como consecuencia de este accidente de circulación, se le reconoció al actor la incapacidad permanente total en un litigio que finalizó el 25 de junio de 2013. En los años 2013, 2014 y 2015 el actor envió burofaxes con efectos interruptores de la prescripción a la compañía aseguradora, no así a Aurelia. Así pues, se interpuso demanda contra aseguradora y asegurada en abril de 2016. Si bien la aseguradora se allanó, Aurelia se opuso aduciendo que la acción estaba sujeta al plazo de prescripción de un año, ya expirado. (*J. F.-L. M.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Menores de edad extranjeros no acompañados. Determinación de su edad: observancia del principio del interés superior del menor (art. 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor). Las dudas sobre la minoría de edad derivadas de las pruebas médicas practicadas deben resolverse en favor del menor.—La emigración provoca un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra, y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad. Cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor, habida cuenta de que las técnicas actua-

les no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo (STS 411/2015, de 3 de julio). Esta doctrina ha sido incorporada al artículo 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, por el artículo 1.7 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Por tanto, si del informe forense y demás elementos se desprende un porcentaje de incertidumbre incompatible con la prueba de la efectiva mayoría de edad de la persona, deberá ser considerada menor de edad.

Inexistencia de carencia sobrevenida de objeto por alcanzarse la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento judicial.—Con independencia de que la recurrente haya podido alcanzar la mayoría de edad a lo largo del procedimiento, sigue teniendo un interés legítimo en que se declare que la resolución administrativa que le denegó el reconocimiento de la situación de desamparo no fue conforme a derecho, pues ello fue lo solicitado en su demanda (SSTS 307/2020, de 16 de junio, y 610/2021, de 20 de septiembre). (STS de 21 de marzo de 2022; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Una extranjera llegó a España en 2017 como pasajera de un vuelo procedente de Malabo, sin presentar pasaporte y declarando ser menor de edad por haber nacido en 2001 en Camerún, de forma coincidente con la documentación escolar y sanitaria que portaba. Manifestó haber huido de su país por sufrir abusos sexuales con una documentación falsa de la que se deshizo en el avión. Ingresó en un centro de acogida de menores de la Comunidad de Madrid, determinándose su mayoría de edad por el Ministerio Fiscal después de realizarse en noviembre de 2017 una ortopantomografía según la cual no se podía determinar con precisión la edad, y una radiografía de la mano izquierda, de la que dedujo la radióloga una edad de 17 años. Sin embargo, el médico forense, sin que existiese ningún otro informe radiológico que hiciera referencia a la mayoría de edad, concluyó que la interesada tenía al menos 18 años, aunque afirmó al pie de su informe que no se podía determinar con exactitud la edad por la existencia de variaciones dependientes de la raza, la genética y los factores socioambientales. La Comunidad de Madrid resolvió en ese mismo mes de noviembre no adoptar ninguna medida de tutela. En febrero de 2018 la interesada interpuso demanda de oposición a la anterior resolución, que sería desestimada en primera instancia y en apelación. La Audiencia atendió a la falta de documentación presentada a su llegada a España, y a las pruebas médicas practicadas, según las cuales, tomando la fecha más favorable a la recurrente, existiría una carencia sobrevenida de objeto al resultar haber alcanzado la mayoría de edad en la fecha de la sentencia. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación presentado por la demandante. (F. S. N.)

4. Discapacidad. Procedimiento. Medidas de apoyo.—El artículo 759.3 LEC supuso una trascendental modificación respecto al derogado artículo 208 CC, al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se refiere su apartado 1.º, extendiendo el principio de inmediación al Tribunal de apelación en estos procesos, por lo que la omisión de

su práctica constituye causa de nulidad de acuerdo con el artículo 238.3.º LOPJ (STS 610/2005, de 15 de julio).

Al infringir la audiencia una garantía procesal de fundamental importancia para la fijación judicial de apoyos a la demandada procede decretar la nulidad de actuaciones al crearse una evidente indefensión. Deberá pues la audiencia llevar a efecto las diligencias prevenidas en el artículo 759 LEC, cuales son la entrevista con la demandada, audiencia de los familiares más próximos y dictamen pericial, y con su resultado decidir el recurso de apelación interpuesto y, al hacerlo, adaptar la sentencia al nuevo régimen legal impuesto por la Ley 8/2021, como exige su disposición transitoria sexta. **(STS de 14 de marzo de 2022; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El Ministerio Fiscal presentó demanda en la que interesó con respecto a la demandada, que se determinase su capacidad jurídica, los medios de apoyo más idóneos para la conservación de dicha capacidad, los actos concretos en los que precise dicha intervención, así como las salvaguardas adecuadas.

El juzgado consideró que había quedado acreditado que la demandada, una señora de 87 años, presentaba un diagnóstico compatible con deterioro cognitivo leve y un grado moderado de dependencia para las actividades básicas de la vida diaria. Los trastornos se consideraron permanentes, por lo que declaró la incapacitación total de la señora, para regir su persona y bienes y para el ejercicio de sus derechos cívicos y políticos; y, en consecuencia, se acordó el nombramiento de una Fundación como tutora respecto de la incapaz. Además, la sentencia de primera instancia ratificó la medida cautelar adoptada judicialmente relativa a la autorización de ingreso involuntario en centro residencial de la tercera edad de conformidad con los artículos 762 y 763 LEC.

La demandada recurrió en apelación, y la audiencia, sin practicar las pruebas preceptivas del artículo 759 LEC, dictó sentencia confirmatoria, salvo en cuanto a la privación de los derechos cívicos y políticos, que se deja sin efecto; así como en lo relativo al reconocimiento de la capacidad de la apelante a otorgar testamento abierto con sujeción al artículo 665 CC.

El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada, al declarar la nulidad de la sentencia recurrida, reponiendo las actuaciones al momento anterior de señalamiento para deliberación y fallo, a efectos de proceder a cumplir con el artículo 759 LEC y, una vez practicadas las pruebas por él establecidas, se dicte sentencia con adaptación al nuevo régimen jurídico de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

NOTA.—De igual forma, se expresa el artículo 759.4 LEC, en su redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuando dice: *si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la*

práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

El actual artículo 759.1.3.º LEC, tras exigir que se lleve a efecto por la autoridad judicial la entrevista con la persona con discapacidad, así como dar audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos, insiste en que no puede decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal emitido por profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, sin perjuicio de contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

No obstante, la Ley 8/2021, de 2 de junio, dispone que en los casos en que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad el Tribunal podrá, previa solicitud de ésta y, de forma excepcional, no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad (art. 759.2 LEC).

Sobre esta cuestión, véase, Toral Lara, E., «Aplicación jurisprudencial de la Ley 8/2021 en materia de capacidad: principios generales y medidas de apoyo», *Actualidad Civil*, núm. 9, septiembre 2023. (I. D.-L.)

5. Derecho al honor. Intromisión legítima. Inclusión en registro de morosos.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara la inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, incluso cuando la deuda fue contraída por un tercero que suplantó su identidad, pues no aprecia falta de diligencia en la identificación del comprador-deudor por parte de la empresa vendedora-acreedora. (STS de 17 de febrero de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—En octubre de 2015, el demandante, supuestamente, compró unas enciclopedias a EDP Editores. En el proceso de compra intervino un tercero de confianza (Logalty), a través del cual se realizó la compra y se aportaron todos los datos del comprador: dirección, DNI, teléfono y número de cuenta bancaria. Producido el impago esencial y reclamado en diversas ocasiones al comprador, EDP Editores comunicó sus datos a Equifax, que también comunicó la inclusión en el registro al comprador. Con todo, hasta 2018 el comprador no se enteró de que estaba inscrito en dicho registro, por lo que solicitó la cancelación de sus datos por no reconocer la deuda, baja que Equifax causó solo cuatro días después. La prueba que se aporta para justificar la suplantación de la identidad en la adquisición de las enciclopedias fue (i) una prueba pericial caligráfica que señala que la firma de la contratación no coincide con la del comprador, aunque el perito manifiesta dudas respecto a la firma que consta en el albarán de entrega; y (ii) la afirmación del comprador de que, en esas fechas, perdió el DNI.

En estas circunstancias, el Alto Tribunal declaró que, aunque hubieran suplantado su identidad, la vendedora actuó con toda la diligencia exigible para verificar su identidad, siendo veraces todos

los datos, incluso aquellos que no constaban en el DNI (como el teléfono y la cuenta bancaria). Además, actuó con la diligencia debida al reclamar la deuda previamente y comunicar, después, la inclusión de sus datos en el registro, lo que diligentemente también hizo Equifax. A mayor abundamiento, solicitada la cancelación de sus datos, esta se produjo sin demoras, por lo que, a la vista de las circunstancias concurrentes, la falta de diligencia en la identificación del comprador debe considerarse un error excusable, sobre el que no cabe apoyar la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrente. (A. A. O.)

6. Derecho a la intimidad personal y familiar. Derecho a la protección de datos. Conflicto con la libertad de expresión e información.—En un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión e información —recogida en el artículo 20 CE— y el derecho a la intimidad —consagrado en el artículo 18 CE— es necesario llevar a cabo una adecuada ponderación, donde una de las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta es el interés general de la información y la proyección pública de las personas afectadas. La condición de personaje público puede derivar de una pluralidad de fuentes, no solo del ejercicio activo de una actividad que conlleva la exposición pública. No solo tienen la condición de personaje público aquellos que voluntariamente deciden someterse al escrutinio público, sino que puede adquirirse del ejercicio de una determinada profesión, sus relaciones con otras personas o por verse envueltos en ciertos hechos, entre otras circunstancias.

La atribución genérica de la ideología que tiene el personaje entrevistado al resto de su familia, sin estar entrecomillada, constituye una opinión personal del periodista amparada por la libertad de expresión, y no está sometida a la exigencia de veracidad. De esta atribución genérica no cabe deducir lógicamente que se está desvelando la ideología del hermano de la entrevistada y demandante en este litigio.

El derecho a la intimidad personal y familiar y la protección de datos de carácter personal —o libertad informática—, si bien comparten ciertos objetivos, cumplen funciones distintas lo que, consecuentemente, conlleva que tengan sujetos, objetos y facultades diferentes. El segundo de ellos consiste en el derecho a controlar el uso de los datos comprendidos en un programa o fichero informático. Una alegación genérica y no detallada sobre una supuesta vulneración de la protección de datos no puede ser estimada. El recurrente debe argumentar las diversas infracciones del ordenamiento acaecidas para que se pueda individualizar correctamente el conflicto jurídico relevante. (STS de 20 de abril de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 17 de julio de 2018 la revista digital *El Español* publicó en su sección *Jaleos del corazón* un reportaje acerca de Petra, la tía paterna de la Reina Consorte de España. En él se expresaban las fuertes ideas republicanas y críticas con la monarquía. En este reportaje se afirmaba que la familia de la Reina —sin individualizar o excluir a nadie en concreto— se proclamaban republicanos, siendo Petra la mayor portavoz de todo ello. Victorio, hermano de Petra y padre de la Reina Consorte, consideró la publicación de este reportaje como una intromisión ilegítima en su derecho a la intimi-

dad personal y familiar y a la protección de datos de carácter personal. Concretamente, el actor se quejaba de que la atribución genérica de una concreta ideología a la familia en general, le incluía. Ello, según él, no era cierto y, por ende, contravenía su derecho a la intimidad y a la protección de datos. Hizo, asimismo, especial hincapié en el hecho de que, a pesar de ser el padre de la Reina Consorte, él no es un personaje público. Ni en primera, ni en segunda instancia se estimaron los pedimentos de Victorio, sosteniéndose que la información publicada constituía un ejercicio legítimo de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 CE.

Como suele ser habitual en la resolución de los conflictos entre el derecho a la libertad de expresión, por un lado, y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por otro, el Tribunal Supremo lleva a cabo un examen de su propia –y extensa– jurisprudencia en esta materia. Así pues, comienza definiendo qué debe entenderse por «juicio de ponderación» para pasar, posteriormente, a delimitar el objeto y contenido de los derechos en conflicto. En este sentido, recalca la protección reforzada y la fuerza expansiva de la libertad de información debido a su importancia en el sector de la prensa, que es la garante de la formación de la opinión pública. Si bien el artículo 20 CE tiene un carácter prevalente, esto no puede llevar a afirmar que se trata de un derecho absoluto, como tampoco lo son aquellos reconocidos en el artículo 18. Finalmente, expone concisamente los criterios que deben ser tenidos en cuenta en este juicio de ponderación, como son el interés público de las informaciones publicadas, la proporcionalidad en la expresión y la veracidad. (*J. F.-L. M.*)

7. El plazo de ejercicio de la acción de protección de derechos fundamentales en la LO 1/1982.—El plazo de cuatro años establecido en el artículo 9.5 LO 1/1982 es de caducidad, por lo que no se interrumpe por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos, ni por la incoación de un expediente administrativo sancionador por infracción de las normas sobre protección de datos. La caducidad presenta ciertas complicaciones en relación con el seguimiento de actuaciones penales previas al proceso civil por delitos perseguibles sólo a instancia de parte. Se pueden plantear los siguientes supuestos: 1) si la acción civil fundada en la LO 1/1982 se ejercita antes de transcurrir dicho plazo de cuatro años, no procederá apreciar su caducidad ni tampoco su extinción; 2) si dicha demanda se interpone después de vencido el referido plazo, procederá apreciar su caducidad, aunque todavía estén pendientes actuaciones penales por los mismos hechos; 3) si esas actuaciones penales finalizaran después de cuatro años sin sentencia condenatoria y, además, el ofendido no se hubiera reservado la acción civil expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, la acción civil fundada en la LO 1/1982 habrá caducado; 4) si hubiera mediado reserva expresa de la acción civil para ejercitarla después de terminado el juicio criminal y éste hubiera terminado por sentencia condenatoria, entonces la acción civil ejercitable por el perjudicado, haya transcurrido o no el plazo de cuatro años, no será ya la fundada en la LO 1/1982, por más que sus criterios sean aplicables para fijar la indemnización (art. 1.2), sino en la nacida del delito o falta declarada por la jurisdicción penal —es decir, la contemplada en

el artículo 1092 CC, que en la mayoría de las ocasiones estará sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1968.2.º CC para la acción de responsabilidad civil por injuria o calumnia—. La doctrina jurisprudencial determina en cada supuesto concreto cuándo se cuenta el día inicial del cómputo de la acción, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. **(STS de 9 de mayo de 2022;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 16 de diciembre de 2016, se presentó por la actora P demanda en ejercicio de una acción por lesión del derecho a la propia imagen y protección de datos personales, contra la entidad SFB, en la que alegó que, con ocasión de la relación laboral que unía a ambas partes, en el año 2011, sin que la demandante firmara documento alguno, ni diera la oportuna autorización al efecto, se le obligó a someterse a una sesión fotográfica, utilizando después su imagen para incluirla en folletos, vídeos y anuncios de la empresa, siendo vista por los usuarios de los servicios funerarios prestados y comercializados por la demandada.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por apreciar que la acción deducida había caducado, partiendo de los siguientes hechos: 1) en diciembre de 2010 la actora participó en dicha sesión fotográfica; 2) las imágenes fueron utilizadas comercialmente, por primera vez, en mayo de 2011; 3) esa campaña concluyó en abril de 2012; 4) el 31 de mayo de 2012, la demandada procedió al despido laboral de la actora. Según el Juez, la demandante conocía y sabía, desde el primer momento, si otorgó o no autorización expresa y escrita para la sesión fotográfica. Por tanto, desde la sesión fotográfica, se inicia el cómputo del plazo de caducidad, que no se interrumpe por la pendencia del proceso penal, ni por otra clase de reclamación.

La actora interpuso recurso de apelación. Confirmando la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial consideró que la acción había caducado, situando también el inicio del plazo en el día en que posó para el reportaje fotográfico realizado por su empleadora (diciembre de 2010).

Contra la sentencia de la Audiencia, P interpuso recurso de casación, alegando la vulneración del artículo 9.5 LO 1/1982, al considerar errónea la fijación del día inicial del cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción, que entiende que debe contarse a partir del 13 de abril de 2015, que es la fecha en que la actora tuvo conocimiento de que no había autorizado la utilización de su imagen para las campañas publicitarias de la demandada y en que descubre la artimaña de la demandada.

El Tribunal Supremo desestima el recurso. A su juicio, la sesión fotográfica se produce en diciembre de 2010, y si bien este dato no es decisivo de cara a la determinación del plazo de inicio del ejercicio de la acción, ya deviene indiscutible desde que se publica la imagen de la actora en mayo de 2011 y finaliza la campaña publicitaria en abril de 2012. Como quiera que la demanda se presenta el 22 de diciembre de 2016, el plazo de los cuatro años ha transcurrido, por lo que la acción ejercitada se encuentra caducada.

NOTA.—Sobre el rol del Tribunal Supremo en los recursos de casación que afectan a derechos fundamentales, *vid.*, las SSTS de 15 de julio y de 2 de marzo de 2021. En cuanto al plazo de caducidad de las acciones derivadas de la infracción de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, *vid.*, las SSTS de 29 de abril de 2009, 25 de febrero de 2013, 29 de enero de 2014, 16 de julio y 27 de noviembre de 2015. Respecto a los problemas presentados por la caducidad en relación con el seguimiento de actuaciones penales previas al proceso civil por delitos perseguibles sólo a instancia de parte, *vid.*, SSTS de 29 de abril de 2009, 25 de febrero de 2013 y 27 de noviembre de 2015. Sobre la aplicación del plazo de prescripción establecido en el artículo 1968.2.º CC en los casos en que el juicio penal acaba con sentencia condenatoria y el perjudicado se hubiera reservado la acción civil, *vid.*, las SSTS de 14 de julio y 30 de septiembre de 2004. En cuanto a la distinta naturaleza de los plazos establecidos en los artículos 9.5 LO 1/1982 y 1969 CC, *vid.*, STS de 4 de junio de 2014. (*S. L. M.*)

8. La causa civil aplicada al derecho de asociación.—El derecho de asociación está reconocido como derecho fundamental en el artículo 22 CE. Son asociaciones ilegales y, en consecuencia, están prohibidas: 1) las que persigan fines ilegales o utilicen medios tipificados como delito; 2) las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. Así se deriva del precepto mencionado y de los apartados 7 y 8 del artículo 2 LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación. Cuando una asociación sea declarada ilícita, procederá su disolución, algo que deberá decretarse por resolución motivada de la autoridad judicial (arts. 22.4 CE y 520 CP). Según el artículo 38.2.b) LO 1/2002, la nulidad o disolución declarada por aplicación de la legislación civil es consecuencia de la naturaleza de acto de autonomía privada del acuerdo de constitución de la asociación, por lo que está sujeto a los requisitos de los artículos 1255 y 1261 CC. Ahora bien, la aplicación de la disciplina contractual a los actos y negocios que son expresión de un derecho fundamental debe hacerse con matizaciones y límites. La licitud civil es consecuencia del carácter negocial de la constitución de una asociación y también una exigencia lógica del principio de que sólo pueden obtener protección jurídica aquellos grupos que persigan finalidades lícitas. La falta de protección jurídica está supeditada a la acreditación de la ilicitud de los fines de la asociación o, en su caso, la simulación casual, esto es, haber ocultado bajo la apariencia de licitud unos fines ilícitos y no amparados por el Derecho. (**STS de 22 de abril de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—E y CTA demandaron a la asociación AADH, su presidente, su secretario y el tesorero, por vulneración de su derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. En la demanda solicitaron, entre otras cosas, la declaración de nulidad del acuerdo constitutivo de la mencionada asociación, por ser un negocio simulado con causa ilícita, y la declaración de que el blog de la demandada tiene un fin ilícito y, en particular, supone un uso desviado y abusivo de la libertad de información, que ha provocado una intromisión en los derechos fundamentales de los demandantes.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró que algunas de las publicaciones en el blog citado habían ocasionado una intromisión ilegítima en los derechos señalados. Sin embargo, no ordenó la clausura de la página web por considerar que, al igual que declaración de ilicitud de la asociación demandada, sería improcedente y equivaldría a instaurar una suerte de censura. En cuanto a la petición de nulidad del acuerdo constitutivo de la asociación, el Juez señaló que no existía causa bastante para disolverla, pues no se había probado la simulación ni desvirtuado la presunción de existencia y licitud de la causa del negocio (art. 1277 CC).

Todas las partes interpusieron recurso de apelación y la Audiencia Provincial absolvió a los codemandados. Respecto a la solicitud de que se acordara la disolución de la asociación, la Audiencia confirmó la decisión del Juzgado, señalando: 1) que no se considera que la causa supuestamente disimulada fuera ilícita, ya que muchas de las informaciones y publicaciones publicadas por los demandados relativas a los demandantes no suponían infracción alguna; 2) que no consta que los fundadores de la asociación tuvieran en la cabeza ya entonces la idea de crear el blog; 3) que no se considera que una actividad consistente en poner de manifiesto noticias verdaderas, de interés público, que desacreditan moralmente a los responsables de la publicación de noticias relativas a los asociados, sea contraria o no esté en línea con los fines de la asociación.

Los demandantes interpusieron recurso de casación, alegando la infracción del artículo 38.2.b) LO 1/2002, de los artículos 1275 y 1276 CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la simulación absoluta del negocio jurídico por causa ilícita. La cuestión principal del recurso de casación es la declaración de nulidad del acuerdo constitutivo de la asociación y de la misma asociación, por constituir, según los recurrentes, un negocio simulado con causa ilícita, al suponer un uso desviado y abusivo de la libertad de información que ha provocado una intromisión en los derechos fundamentales de los demandantes. El Tribunal Supremo desestima el recurso, al entender que no se advierte la ilicitud denunciada ni en los fines ni en la actividad de la asociación.

NOTA.—Sobre el contenido del derecho de asociación, *vid.*, las SSTC 173/1998, de 23 de julio, y 56/1995, de 6 de marzo. En cuanto a la aplicación de la licitud civil de la causa a las asociaciones, *vid.*, STC 5/1996, de 16 de enero y SSTS de 21 de abril de 1926, 31 de diciembre de 1979 y 2 de diciembre de 1992. (*S. L. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Cláusula suelo. Control de transparencia. La intervención notarial no dispensa del deber precontractual de información.—Es notoria la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. La intervención notarial no dispensa del deber precontractual de informa-

ción. La lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por sí, la finalidad o razón de ser de la exigencia de transparencia. El fedatario público interviene en el momento final del *iter* contractual, cuando las voluntades ya están conformadas, y cuando la posibilidad del prestatario de dar marcha atrás deviene excepcional. De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día. (STS de 7 de abril de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Fausto interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Popular, en la que solicitaba la nulidad de la cláusula suelo dispuesta en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por el demandante y la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada.

El demandante interpone un recurso de casación que es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.ª M. F.*)

10. Cláusulas abusivas. Comisión por ingreso en efectivo y pago de recibos por terceros en ventanilla.—Las cláusulas que fijan comisiones son cláusulas no negociadas individualmente sujetas al control de abusividad. Es abusivo cobrar comisiones por realizar ingresos de efectivo o pago de recibos en ventanilla, ya que las referidas comisiones no retribuyen ningún servicio distinto al servicio de caja que ya está remunerado por la comisión de mantenimiento de la cuenta bancaria. (STS de 26 de abril de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La Asociación de Personas Consumidoras y Usuaris Vasca Eka/Acuv interpuso un demanda contra Kutxabank ejercitando una acción de cesación respecto del cobro de «una comisión de 2 euros por cada ingreso en efectivo realizado por terceras personas con información adicional (concepto) incorporado en el justificante a solicitud del ordenante. Aplicable a la persona que efectúa el ingreso» y de «una comisión de 2 euros por cada recibo normalizado pagado en efectivo. Aplicable a la persona que efectúa el pago». Se alegaba que dichas comisiones eran abusivas por no responder a gastos habidos o servicios prestados distintos del servicio de caja retribuido por la comisión de mantenimiento. Sin embargo, Kutxabank se opuso alegando que «la comisión impugnada constituye el precio del servicio prestado a un tercero que no mantiene relación contractual con la entidad financiera; y el acuerdo sobre dicha comisión constituye un contrato de servicios propiamente dicho y no una cláusula contractual, pues un contrato de esta clase no tiene cláusulas ni, consecuentemente, condiciones generales de la contratación».

Por el contrario, el Tribunal Supremo declaró que la comisión establecida no retribuía ningún servicio adicional al servicio de caja que ya estaba remunerado por la comisión de mantenimiento de la cuenta bancaria, por lo que la cláusula debía ser declarada abusiva. (A. A. O.)

11. Integración del contrato de consumo con cláusulas abusivas.—Según el artículo 83 TRLGDCU, las cláusulas abusivas en contratos de consumo son nulas de pleno derecho y deben tenerse por no puestas, sin que quepa en principio la integración por el Juez. No obstante, cuando su supresión conlleve la nulidad del contrato en su conjunto y ello suponga un grave perjuicio para el consumidor, es posible sustituir la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional supletoria. En esta sentencia, el Tribunal Supremo aplica esta doctrina a una cláusula de intereses en un préstamo hipotecario que remite a dos tipos de referencia eliminados por el legislador durante la ejecución del contrato. (STS de 19 de mayo de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—En un préstamo hipotecario a interés variable, referenciado al IRPH Cajas de Ahorro y, con carácter sustitutivo, al índice CECA, se incluyó una cláusula en virtud de la cual, en caso de que dejaran de publicarse dichos índices, se continuaría aplicando el último tipo de interés publicado durante el resto de la vigencia del contrato. Como consecuencia de la supresión de ambos tipos de referencia a raíz de la DA 15.^a de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, la entidad prestamista A activó dicha cláusula de cara a los vencimientos posteriores.

Ante esta situación el prestatario, B, interpuso demanda contra la entidad bancaria solicitando que se declarase la abusividad de dicha cláusula, en la medida en que convertía *de facto* el préstamo a tipo variable en un préstamo a tipo fijo. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente sus pretensiones y ordenó la devolución de las cantidades cobradas de más, fijando asimismo como índice sustitutivo el Euríbor. Contra esta sentencia A interpuso recurso de apelación, que fue parcialmente estimado en el sentido de que el índice sustitutivo debía ser el IRPH Entidades de Crédito y no el Euríbor. Recurrida en casación por B, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, razonando que las cláusulas abusivas se pueden sustituir por disposiciones supletorias de Derecho nacional cuando no hacerlo determinaría la nulidad total del contrato en perjuicio grave del consumidor y que, dado el carácter oneroso del préstamo, este no podría subsistir sin la cláusula de intereses remuneratorios.

NOTA.—Como regla general, según la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE dada por la STJUE de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito), las cláusulas abusivas deben tenerse por no puestas y no deben ser integradas. Sin embargo, esta doctrina tiene una excepción cuando la nulidad de la cláusula vicia el contrato en su conjunto, en cuyo caso puede reemplazarse por una norma supletoria de Derecho nacional —SSTJUE de 30 de abril de 2014 (Kásler y Káslerné Rábai) y 21 de enero de 2015

(Unicaja Banco y otros)–. La integración puede consistir en la renegociación de los términos del contrato por las partes –STJUE de 27 de abril de 2023 (MJ contra AxFina Hungary)– o en la aplicación por el Juez de disposiciones legales supletorias, siempre que estas sean específicas y no de carácter general –STJUE de 31 de marzo de 2022 (Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt.)–. En un caso similar al enjuiciado en la sentencia aquí extractada, la STJUE de 3 de marzo de 2020 (Gómez del Moral Guasch) ha reconocido expresamente que esta excepción abarca la posibilidad de reemplazar el índice de referencia pactado en un préstamo por un índice sustitutivo previsto en la ley como supletorio. (C. C. S.)

12. Moderación de cláusula penal en contrato de subarrendamiento de local.–No procede la moderación cuando el incumplimiento de la obligación (duración mínima del contrato) fue total y se pactó como esencial, incluso cuando en un breve periodo de tiempo se volvió a arrendar el local. (STS de 20 de abril de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–Starboard suscribió un contrato de arrendamiento de unas salas de cine con UGC, este contrato contenía una cláusula penal de un máximo de dos anualidades de renta, en caso de incumplimientos esenciales del arrendatario, entre ellos, resolver el contrato antes de su término en quince años o cesar la actividad de exhibición de películas durante más de treinta días.

Tras ello, UGC suscribió un contrato de subarrendamiento con Cinesa, en el que incorporaba una cláusula penal idéntica, matizando que la duración del contrato era esencial ya que, de mantenerse el contrato por tiempo inferior, UGC no suscribiría dicho contrato. Asimismo, se estipuló una cláusula de indemnidad por la que Cinesa se obligaba a resarcir los daños y perjuicios que pudiera exigir Starboard a UGC por causa imputable a Cinesa.

Cuatro años antes de la llegada del término del contrato de subarriendo, Cinesa resolvió el contrato sin causa justificada. Dado que no se exhibieron películas por más de treinta días, Starboard resolvió el contrato con UGC exigiendo el abono de la cláusula penal, lo que fue satisfecho por el aval a primer requerimiento constituido al efecto. Además, Starboard arrendó nuevamente el local en cuatro meses. Cinesa, por su parte, demandó a UGC alegando determinados incumplimientos justificantes de la resolución, interesando una indemnización de daños y perjuicios. UGC se opuso y reconvino, solicitando que se condenara a Cinesa a abonar el importe de la cláusula penal. En estas circunstancias, Cinesa solicitó que se desestimaran las pretensiones de UGC y, en todo caso, se moderara la cláusula penal ya que el perjuicio no fue tan elevado, pues Starboard solo estuvo cuatro meses sin arrendatario.

El Tribunal Supremo desestimó las pretensiones de Cinesa declarando que la facultad de moderación de la pena solo debe tener lugar cuando el incumplimiento es parcial, no total como sucedió en el caso de autos. Además, el daño padecido por UGC fue el del pago de su cláusula penal por completo, con independencia de que Starboard arrendara o no el local con relativa rapidez. (A. A. O.)

13. Concurso de acreedores. Modificación lista acreedores: trámites.—El trámite que debe seguirse según que el informe de la administración concursal sea contrario o favorable a la modificación pretendida por el acreedor será: Si es contrario, le corresponde al acreedor presentar una demanda de incidente concursal en un plazo de diez días. Y si es favorable, se dará traslado a las partes personas para que también en un plazo de diez días formulen sus alegaciones: si no hay alegaciones o no son contrarias a la modificación solicitada e informada a favor por la administración concursal, el juez acordará la modificación sin que quepa recurso alguno; mientras que, si hay alegaciones en contra, a la vista de todas ellas, el juez resolverá por auto, que será susceptible de apelación.

Plazo preclusivo.—Si el informe de la administración concursal es contrario a la modificación, corresponde al acreedor instar su pretensión mediante una demanda de incidente concursal, en un plazo de diez días. El problema surge en relación con el comienzo del cómputo de este plazo. No hay duda de que es un plazo preclusivo, lo que supone que el transcurso del mismo antes de que se haya presentado la demanda conlleva que ese derecho ya no podrá hacerse valer más adelante. Este efecto tan drástico de la preclusión requiere la seguridad de que el afectado por esta carga de presentar la demanda conozca con toda certeza su existencia y el momento a partir del cual comienza el cómputo de este plazo procesal.

Seguridad mediante el traslado del informe negativo al acreedor.—Esta seguridad se consigue con una comunicación por parte del órgano judicial al acreedor que pretende la modificación, en la que se le dé traslado del informe negativo, esto es, no sólo de que la administración concursal ha informado negativamente, sino también de las razones que lo justifican, y se le conceda un plazo legal de diez días para presentar la demanda de incidente concursal, si a la vista del informe persiste en su pretensión de modificación de la lista de acreedores. Tanto si el acreedor está ya personado en el procedimiento concursal, como si no lo está, en cuyo caso habrá que emplazarlo, el acto de comunicación del juzgado para con ese acreedor debe dar cuenta del resultado negativo del informe de la administración concursal y ponerlo a su disposición, además de indicar con toda claridad que a partir de ese momento tiene un plazo preclusivo de diez días para interponer la demanda.

Examen de procedencia de la modificación de la lista de acreedores.—El hecho de que en la lista de acreedores apareciera junto con el reconocimiento del crédito como contingente, una clasificación del mismo como subordinado del artículo 92.3 LC, no impide que una vez cumplida la contingencia, cuando se solicita la modificación de la lista de acreedores y son reconocidos esos créditos, se les pueda atribuir entonces la clasificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza, tal y como prevé el párrafo segundo del artículo 97.4 LC. De hecho, la clasificación del crédito al tiempo de ser reconocido como contingente carece de relevancia práctica, siendo más tarde, cuando se modifica la lista de acreedores por desaparición de la contingencia, cuando sí tiene sentido su clasificación y es, propiamente, el momento de hacerlo.

Discordancia por defecto de técnica legislativa.—La discordancia generada por la doble mención a la clasificación en el artículo 87.3 LC, al reconocer el crédito como contingente, y el artículo 97.3.4.º LC, al modificar la lista de acreedores como consecuencia del cese de la contingencia, vino provocado por un defecto de técnica legislativa cuando se introdujo este último precepto, con la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La mención del artículo 87.3 LC

proviene de la originaria redacción de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en el que no se preveía expresamente la modificación de los textos definitivos de la lista de acreedores. Entonces tenía sentido que la lista de acreedores, al reconocer los créditos contingentes ya previera su calificación, para que una vez cesada la contingencia pasara a tenerse por reconocido por su cuantía y con la clasificación que se le había dado, sin que la ley estableciera trámite alguno. Fue la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la que modificó el artículo 97 LC, para recoger los supuestos en que debía proceder la modificación de la lista definitiva de acreedores, entre los que se encontraba el cese de la contingencia, e introdujo el artículo 97 bis, que regula el trámite para la modificación. En el caso de los créditos que dejan de ser contingentes, el artículo 97.3.4.º LC, en su párrafo segundo, expresamente prevé que al ser reconocidos «tendrán la clasificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza». La ley estableció con claridad la necesidad de clasificar en este momento el crédito que dejaba de ser contingente, lo que para estos casos suponía dejar sin efecto la mención a la clasificación en el artículo 87.3 LC.

Crédito de un fiador de la concursada.—Es cierto que, con carácter general, como prescribe el artículo 87.3 LC para los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos, los créditos contingentes son reconocidos como tales, sin cuantía propia, y con la clasificación que les corresponda. Pero un supuesto en que el crédito de un fiador de la concursada se ha reconocido inicialmente como crédito contingente, su clasificación no procede hasta que se llegue a ejecutar el afianzamiento y se subrogue en la posición del acreedor principal. Es entonces cuando habrá que clasificarlo, de acuerdo con las reglas legales, entre las que destaca la del artículo 87.6 LC, según la interpretación jurisprudencial.

Concurso del hipotecante no deudor del crédito garantizado.—En principio, en el concurso del hipotecante no deudor el crédito garantizado con la hipoteca no debe aparecer en la lista de acreedores, porque, propiamente, no es acreedor del hipotecante. Frente al hipotecante no deudor, el acreedor hipotecario no ostenta ningún crédito. Sin perjuicio de que en el inventario sí aparezca el bien con su carga, la hipoteca, que lógicamente debe ser tenida en cuenta a la hora de valorar el bien. Sí resultan de aplicación las normas contenidas en el artículo 56 LC (en la actualidad, arts. 145 ss. TRLC) sobre los efectos de la declaración de concurso sobre el ejercicio de las garantías reales que graven bienes del concursado. De tal forma que en un caso en que el concursado fuera hipotecante no deudor, no sería necesario que el crédito del acreedor hipotecario apareciera reconocido en la lista de acreedores, pues no es un crédito concursal, ni mucho menos tendría sentido clasificarlo como sostiene la administración concursal.

Intereses garantizados con hipoteca.—La garantía hipotecaria cubre tanto los intereses remuneratorios, como los moratorios, dentro el límite previsto en el artículo 114 LH. En el caso de los remuneratorios, son no sólo los devengados antes de la declaración de concurso, sino también los devengados después, en aplicación del artículo 59 LC. Pero en el caso de los intereses moratorios, tan sólo serán los anteriores a la declaración de concurso, pues la previsión del artículo 59 LC debe entenderse referida sólo a los remuneratorios. (STS de 15 de marzo de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad C. R. de G., S. C. A. de C. interpuso demanda de incidente concursal ante el

Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón, contra la administración concursal de la entidad G. y B. S. L., solicitando se dictase sentencia por la que declarase cumplida la condición o contingencia prevista, y por definitivo el impago del crédito por F. y H. G., S. A., a favor de la que fue garantizada solidariamente por la concursada G y B, S. L., con renuncia a los beneficios de orden, división y excusión de bienes. Asimismo para asegurar el buen fin de la operación la concursada G y B, S. L. constituyó garantía hipotecaria sobre varias fincas de su propiedad, solicitando se le otorgue la clasificación que le corresponde con arreglo a su naturaleza: crédito con privilegio especial del artículo 90.1.1.º LC; igualmente que se acuerde la modificación de los textos definitivos en el sentido de clasificar como privilegiado especial del artículo 90.1.1.º LC un crédito a su favor con garantía hipotecaria, así como que se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento. La parte demandada se opuso a la demanda solicitando su desestimación. El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda, al entender que había precluido para la entidad demandante la facultad de modificar los textos definitivos al amparo del procedimiento regulado en el artículo 97 bis LC, pues la entidad actora ya había instado esta modificación de la Administración concursal, que se opuso en el informe presentado ante el juzgado, sin que la acreedora hubiera promovido el preceptivo incidente en el plazo de los 10 días, conforme al artículo. 97 bis LC. Recurrida en apelación por la representación procesal de la entidad C. R. de G., S. C. A. de C., la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

14. Arrendamiento urbano de vivienda. Desahucio por impago de la renta. Compensación.—La sumariedad del juicio de desahucio por falta de pago de la renta determina que en su ámbito no puedan discutirse cuestiones que no sean las relativas al pago de la renta o la procedencia de la enervación de la acción, sin que quepa, con carácter general, ampliar los motivos de oposición a otras causas de extinción de las obligaciones previstas en el artículo 1156 CC, que distingue, por una parte, entre pago, identificado como prestación debida en los términos pactados en la relación obligatoria, en este caso en el contrato de arrendamiento; y compensación, concebida ésta última como causa de extinción de una obligación sin ejecución de la prestación debida, y que carece de anclaje adecuado en estos procedimientos sumarios de desahucio por falta de pago de la renta, caracterizados por su cognición judicial limitada, ausencia de complejidad, y carencia de efectos de cosa juzgada. (**STS de 7 de marzo de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La parte actora, arrendadora de una vivienda, demandó a la arrendataria solicitando el desahucio por falta de pago de la renta. La demandada no discutió el impago de la renta, si bien opuso la compensación, toda vez que la demandante había sido condenada, por sentencia firme, a abonar a la arrendataria la

cantidad de 5.906,40 euros, por ejecución de obras de reparación que correspondían a la arrendadora.

El juzgado desestimó la demanda, al entender que concurrían los requisitos para que operase la excepción de compensación. La audiencia revocó la sentencia de primera instancia al considerar haber lugar al desahucio por falta de pago de la renta y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la arrendataria.

NOTA.—De acuerdo con el artículo 250.1.1.º LEC, el procedimiento de desahucio por falta de pago o terminación del contrato de arrendamiento se decidirá en el juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía; mientras el artículo 438.3 de la misma ley procesal, relativo al juicio verbal, establece que el demandado podrá oponer en la contestación a la demanda un crédito compensable.

En consecuencia, la compensación ha de admitirse cuando a la acción de desahucio se acumula la reclamación de cantidad (de las rentas no pagadas). Esto se debe a que la acción de reclamación de deuda tiene efecto de cosa juzgada, por lo que se permiten más causas de oposición que cuando se reclama solo el desahucio (que no tiene efecto de cosa juzgada). En el caso de existir un crédito compensable del arrendatario, se le perjudicaría si la deuda del arrendador hacia él no pudiese extinguirla mediante compensación, conforme al artículo 1156 CC. (*I. D.-L.*)

15. Desahucio por impago de la renta del arrendamiento de vivienda por obras de conservación no repercutidas parcialmente al arrendatario en contrato sujeto a la Ley de arrendamientos urbanos de 1964 y anterior al Decreto Boyer.—De conformidad con la Sala Primera del Tribunal Supremo, debe asimilarse la repercusión del coste de las obras al arrendatario como parte del pago de la renta, según el artículo 108 LAU 1964. No obstante, no procede la resolución del contrato por falta de pago, ni la repercusión del coste de las obras de conservación por caducidad de la acción de elevación de renta, habida cuenta del transcurso del plazo de tres meses previsto en el artículo 101. (**STS de 18 de mayo de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Vidal y Débora, interpusieron demanda de juicio verbal por desahucio por impago de la renta del arrendamiento de vivienda, aportando la contraparte los correspondientes justificantes de pago. Dichos justificantes aportados, por importe de 8,16 euros, corresponden a diversos conceptos: 1,32 euros por atrasos del año 2014; 6,84 euros por la diferencia del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de las mensualidades de enero a abril de 2015, a razón cada una de ellas de 1,71 euros; y sendos resguardos de ingreso en la cuenta de los demandantes, por las mensualidades de marzo y abril de 2015.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, declarando resuelto el contrato de arrendamiento, condenando al arrendatario a abonar a los arrendadores el importe de las obras realizadas, correspondiente a la mitad del importe del arrendamiento en curso, así como abonar la renta en curso, correspon-

diente este último a 446,78 euros, más el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, así como la condena en costas. Se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestima, y recurso de casación, que se estima, casando la sentencia en apelación y condenando en costas a Vidal y Debora.

NOTA.—Respecto del recurso de casación, en cuanto al fondo del asunto y considerando la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, la Sala Primera formula las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la vulneración se produce porque la sentencia recurrida no considera como una cantidad asimilada a la renta la repercusión al arrendatario del importe de las obras de reparación realizadas por el arrendador, según el artículo 108 LAU 1964. Dicho precepto y la doctrina jurisprudencial consideran que las cantidades a pagar por el arrendatario, derivadas de la repercusión del importe de las obras realizadas por el arrendador, son cantidades asimiladas a la renta. Consecuencia directa de esta doctrina es que el procedimiento para la elevación de la renta o conceptos que a la misma se asimilan es el contenido en el artículo 101.

En segundo lugar, también considera infringido el 101.2. en relación con el artículo 108.1 porque que no es aplicable la caducidad de la acción contemplada en la regla segunda apartado quinto del artículo 101, por tratarse de una repercusión por obras y no de renta, y ello a pesar de que todo el contenido del artículo 101, donde expresamente figura el plazo de caducidad de la acción de tres meses, es aplicable tanto a los casos de elevación de la renta como a los de elevación de los conceptos que a la misma se asimilan.

Finalmente, cabe observar críticamente que la diferencia cuantitativa y, por tanto, objetiva, entre las cantidades depositadas en primera instancia y las condenadas en apelación es la manifestación del desequilibrio económico ocasionado al arrendador, que subyace en la formulación de esta pretensión, y que es la consecuencia directa de la acumulación de la prórroga forzosa e indefinida y la congelación de la renta. (C. A. C.)

16. Arrendamientos urbanos: Interpretación de la Disposición transitoria 3.ª LAU 1994: es arrendatario el que lo fuera en el momento de la entrada en vigor de esta Ley.—Cuando esta disposición se refiere al arrendatario, lo está haciendo al actual, es decir, al que lo es a la entrada en vigor de la LAU 1994, con independencia, dado que ninguna discriminación establece, que se trate del arrendatario original o del que hubiera pasado a ocupar su posición contractual.

Arrendamiento en el que se efectuó traspaso de local de negocio bajo la vigencia de la LAU de 1964. Disposición transitoria 3.ª LAU 1994. Duración del contrato: hasta la muerte o jubilación del arrendatario.— Cuando el traspaso ha tenido lugar bajo la vigencia de la LAU de 1964, pasa a ser arrendatario a todos los efectos, es decir, con todos los derechos, incluido el derecho a la prórroga forzosa, y todas las obligaciones, el adquirente, por lo que, fuera de los casos en que dicha prórroga pueda ser denegada, su derecho a permanecer en el uso del local se extiende, por regla general, hasta su jubilación o fallecimiento, ya que, de no ser así, se le estaría privando de

un derecho adquirido en virtud de la ley vigente cuando el traspaso se produjo, momento en que incluso era irrenunciable anticipadamente el derecho a la prórroga forzosa.

Esta doctrina se aplica, siempre que se trate de contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985, que se encuentren en situación de prórroga legal, cuyo arrendatario sea una persona física, y cuando el traspaso se produzca bajo la vigencia de la LAU 1964, con independencia de que haya tenido lugar en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la LAU de 1994 (STS 863/2021, de 14 de diciembre). **(STS de 31 de marzo de 2022;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—En marzo de 1973 se celebró un contrato de arrendamiento de local de negocio. Posteriormente, en julio de 1980, los arrendadores donaron el local a sus nietos. Luego, falleció el arrendatario, subrogándose su viuda que continuó con la misma actividad. Más adelante esta última traspasó el local a una persona física. En 2019 los arrendadores comunicaron al arrendatario su voluntad de no renovar el contrato, y, ante su negativa, le pusieron una demanda de desahucio por terminación del plazo contractual.

El juzgado desestimó la demanda. La audiencia apreció el recurso de apelación al entender que al haberse producido el traspaso en los 10 años anteriores a la entrada en vigor de la LAU-1994, el contrato estaba extinguido. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por el arrendatario. (C. O. M.)

17. Usura. Tarjetas de crédito «revolving».—No es usuraria una tarjeta de crédito revolving con una TAE del 24,5% durante la década comprendida entre 1999 y 2009 ya que las TAE aplicadas por las entidades de crédito en dicho periodo frecuentemente superaban el 23%, 24%, 25% y hasta el 26% anual. **(STS de 4 de mayo de 2022;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Se discute en este litigio si el contrato de tarjeta revolving suscrito entre las partes en 2006, con una TAE del 24,5%, es usurario. La defensa del prestatario solicitaba que se declarase usuraria la tarjeta porque su TAE superaba el doble de los tipos medios de las operaciones de crédito al consumo ordinarias (no con tarjeta de crédito) de las estadísticas del Banco de España, tal y como realizó la STS de 25 de noviembre de 2015. De contrario, se interesaba que se declarase la validez el tipo pactado ya que la STS de 4 de marzo de 2020 había concluido que no era apropiado comparar las TAE de estos productos concretos con los tipos medios de las operaciones de crédito al consumo ordinarias, sino que debía compararse con los tipos medios del propio mercado de las tarjetas de crédito revolving que oscilaban entre el 23 y el 26% TAE.

La Sala Primera del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación y rechazó que la tarjeta de crédito fuera usuraria afirmando que «[l]os hechos fijados en la instancia, que deben ser respetados en el recurso de casación, consisten en que los datos obtenidos de la base de datos del Banco de España revelan que, en las fechas

próximas a la suscripción del contrato de tarjeta revolving, la TAE aplicada por las entidades bancarias a las operaciones de tarjeta de crédito con pago aplazado era frecuentemente superior al 20% y que también era habitual que las tarjetas revolving contratadas con grandes entidades bancarias superasen el 23%, 24%, 25% y hasta el 26% anual», de suerte que una TAE del 24,5% no era notablemente superior al interés normal del dinero. (A. A. O.)

18. Préstamo hipotecario titulado en participaciones hipotecarias. Legitimación activa para el ejercicio de acciones tras el impago.—El banco que concedió el préstamo hipotecario que ha sido titulado mediante la emisión de participaciones hipotecarias tiene plena legitimación para promover el proceso judicial destinado al cobro de las cantidades adeudadas por el deudor hipotecario cuando este ha incumplido su obligación de pago. No se trata de una legitimación extraordinaria, sino de la legitimación derivada de la posición jurídica que el emisor tiene en la relación negocial *sui generis* derivada de la emisión de participaciones hipotecarias sobre un préstamo hipotecario preexistente que concertó con el deudor, en el que sigue conservando la cualidad de acreedor hipotecario y una obligación de custodia, administración y de realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo (Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario). A ello no obsta que el titular de la participación pueda estar también legitimado si no recibe los pagos a que tiene derecho con base en la participación debido, a su vez, al impago del deudor hipotecario.

Vencimiento anticipado. Incumplimiento esencial.—Al amparo del artículo 1129 CC, el acreedor está facultado para declarar el vencimiento anticipado cuando se produce un incumplimiento en el pago de las cuotas vencidas de entidad suficiente como para revelar la falta de seguridad del pago del crédito. El artículo 24 la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, establece un parámetro razonable de lo que puede considerarse como incumplimiento esencial y suficientemente grave para que el acreedor declare el vencimiento anticipado.

Resolución por incumplimiento. Vencimiento anticipado. Incongruencia.—Si el demandante pide que se declare el vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de préstamo hipotecario conforme al artículo 1129 CC, es incongruente la sentencia que acoge una pretensión de resolución contractual en base al artículo 1124 CC, que no había sido formulada en la demanda. (STS de 4 de mayo de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—CaixaBank interpuso demanda de juicio ordinario contra Adolfina y Francisco, en la que solicitaba el vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de préstamo hipotecario y de fianza, y la condena, de forma solidaria, al prestatario y al fiador al pago de la totalidad de las cantidades debidas.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por falta de legitimación activa de la actora. CaixaBank recurrió en apelación la sentencia de primera instancia y la Audiencia Provincial estimó el recurso y la demanda.

Los demandados han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo desestima los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y el motivo del recurso de casación, aunque estima el tercer motivo del recurso por infracción procesal. (*J. M.^a M. F.*)

19. Validez de los pactos parasociales. Inoponibilidad frente a la sociedad.—Los pactos parasociales son convenios celebrados por todos o algunos de los socios de una sociedad mercantil con el objeto de regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y los estatutos. Se trata de un contrato asociativo distinto del contrato social, que no se integra en el ordenamiento de la persona jurídica, de forma que despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones obligatorias de quienes lo celebran. Del artículo 29 LSC se desprende que los pactos parasociales son válidos y eficaces entre las partes que los suscriben, pero no oponibles a la sociedad. El punto de partida de este principio de inoponibilidad de los pactos parasociales, suscritos al margen del contrato de sociedad, se encuentra en la idea de que deben producir sus efectos únicamente en la esfera de las relaciones obligatorias de quienes los han suscrito, conforme al principio de relatividad de los contratos (arts. 1257 CC y 1091 CC). (**STS de 7 de abril de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Amparo interpuso demanda contra sus hermanos Gregorio, Gabino y Angelina, y contra las mercantiles Sánchez Cano, S.A. y Fini Sweets International S.L.U., en la que solicitaba el cumplimiento de los acuerdos 2 y 5 de los pactos parasociales firmados el 25 de octubre de 2001. El juzgado de primera instancia dictó sentencia por la que estimó en parte la demanda.

La sentencia de primera instancia fue apelada por Sánchez Cano S.A. y por Fini Sweets Internacional S.L.U., y los hermanos Gabino y Gregorio. La Audiencia Provincial estimó el recurso por falta de legitimación pasiva de las mercantiles condenadas, al no haber sido parte en los pactos parasociales.

La demandante ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y otro de casación. El Tribunal Supremo desestima los recursos por infracción procesal y de casación. (*J. M.^a M. F.*)

20. Interpretación del artículo 5.2 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.—El Tribunal Supremo reitera el criterio ya establecido en su jurisprudencia (SSTS 246/1996, de 1 de abril y 680/2021, de 7 de octubre) sobre la interpretación de este precepto. Así, el artículo 5.2 LRCSCVM debe ser interpretado en el sentido de que, «en los casos de accidente de tráfico de un vehículo articulado debido a la culpa del conductor del camión-tractor, efectivamente excluye dicha cobertura porque el semirremolque se asimila a las «cosas transportadas» en el camión-tractor». (**STS de 24 de abril de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Ges Seguros y Reaseguros S.A. (aseguradora de un semirremolque accidentado), tras indemnizar a su asegurada, ejerció acción subrogatoria contra Van Ameyde España S.A. (aseguradora del camión-tractor) solicitando el reintegro de lo pagado más los intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y Van Ameyde España S.A., recurrió en apelación. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso modificando la sentencia en el único sentido de señalar que el principal devengará el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda.

La parte demandada interpone recurso de casación contra la sentencia en segunda instancia por existencia de interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—La clave de la controversia gira en torno a la interpretación del artículo 5.2 del LRCSCVM, que, en síntesis, excluye de la cobertura del seguro obligatorio los daños sufridos por el propio vehículo asegurado y por las cosas en él transportadas. En el asunto resuelto por la STS 680/2021, de 7 de octubre, el Tribunal Supremo estimó pertinente dirigir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una petición de cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 3 de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos a motor. El fallo del TJUE estableció que la mencionada Directiva no impide una interpretación que excluya de la cobertura del seguro obligatorio los daños materiales ocasionados por el camión-tractor al semirremolque por él transportado. (M. S. G.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. La calificación de la servidumbre de luces y vistas como aparente, continua y negativa.—Los artículos 581 y 582 CC regulan restricciones o limitaciones del derecho de propiedad para abrir huecos o ventanas en pared propia. Con estas limitaciones del dominio se pretende contribuir al respeto de la privacidad, evitando una observación directa, por medio de la vista, de lo que sucede en el predio colindante. El derecho a abrir los huecos o ventanas de referencia no deriva de ninguna servidumbre legal, sino del mismo derecho de propiedad, aunque limitado en su ejercicio por relaciones de vecindad. Además, tal derecho coexiste con el correlativo del fondo contiguo a edificar libremente, e incluso, en el caso del artículo 581 CC, a cubrirlos levantando pared aneja a la que tenga el hueco. Esa misma naturaleza jurídica tienen las limitaciones de distancias impuestas por el artículo 582 CC.

El derecho del propietario del fondo colindante a exigir que se respeten esas limitaciones o prohibiciones a través de la acción correspondiente o, en su caso, el de cerrarlos edificando en su terreno o elevando una pared contigua, puede quedar enervado cuando el propietario del predio en que se hayan abierto los huecos o ventanas haya adquirido «por cualquier título» un derecho de vistas directas, balcones o miradores sobre aquél. En este caso, con-

forme al artículo 585 CC, «el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia».

Entre los títulos de adquisición de este derecho de vistas, junto con los procedentes de un negocio jurídico, deben incluirse la usucapión, pues, partiendo de la premisa de que toda servidumbre de luces y vistas es continua y aparente, son susceptibles de ser adquiridas por prescripción de veinte años, conforme a los artículos 537 y 538 CC.

Para el cómputo de ese plazo resulta esencial diferenciar entre las servidumbres de luces y vistas positivas y negativas; respecto de estas últimas, resulta aplicable la regla del artículo 538, que determina como *dies a quo* el *dies contradictorius*, es decir, aquel en que el dueño del predio dominante hubiese prohibido por un acto formal al del sirviente la ejecución de un hecho que sería lícito sin la servidumbre.

Conforme al párrafo segundo del artículo 533 CC, es positiva la servidumbre que «impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo», y es negativa la servidumbre que «prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre».

Incluso en el caso de que las normas administrativas o urbanísticas admitan la construcción de voladizos, y en su virtud se obtenga una autorización de la Administración para su edificación, ello no comporta la derogación de las limitaciones y distancias de los artículos 582 y 583 CC, pues solo supone que no existe para ello obstáculo administrativo.

Cómputo del plazo de prescripción de la acción negatoria de servidumbre.—En virtud de sentencias de 6 de marzo de 1991 y 518/2004, de 3 de junio: «Sólo cabe la prescripción adquisitiva, fundada en otorgar fijeza y seguridad jurídica a las situaciones de hecho, si éstas, las situaciones de hecho, no han sido contradichas durante cierto tiempo, en cuyo caso pasan a ser jurídicas en aras a la paz social que el Derecho protege, (...), pues mal se podía haber usucapido si el Derecho no hubiere sido abandonado por su titular con su no ejercicio, porque ejercitado se hubiere interrumpido la usucapión, de tal forma que ésta lleva ínsita la prescripción extintiva del Derecho del primitivo titular, que deja de serlo por su abandono unido a la adquisición por otro; son, pues, una y otra prescripción, así contempladas, vertientes o puntos de mira diversos, pero conexos, de un mismo fenómeno jurídico».

El artículo 1969 CC es una norma general sobre el inicio del cómputo del plazo de la prescripción que cede ante las disposiciones especiales y que, por ello, no puede aislarse de la especialidad que en materia de posesión de las servidumbres negativas de luces y vistas resulta del artículo 538 CC, aunque éste se refiera a la prescripción adquisitiva. La posesión hábil, *ad usucapionem*, para adquirir el derecho del titular del pretendido predio dominante no comienza sino «desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre». Mientras tanto la conducta del dueño del pretendido predio sirviente es de mera tolerancia, no apta por sí sola para fundar la prescripción extintiva de la acción negatoria, y cuya significación para la usucapión está limitada por la especial regla sobre el cómputo del plazo del artículo 538. (STS de 26 de abril de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Rita interpone demanda de juicio ordinario contra Palmira, Leoncio, Petra y Purificación. Solicita se dicte sentencia

declarando la procedencia de la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas y se ordene que los demandados procedan a la demolición de una construcción ilegal. La demanda es desestimada.

Rita recurre en apelación. El recurso es estimado, por lo que procede declarar que la finca propiedad de Rita no está gravada con servidumbre de luces y vistas a favor de la finca colindante por el norte, propiedad de los cuatro codemandados. Procede también condenar a los cuatro a que procedan a realizar de forma inmediata las obras necesarias para impedir que desde la terraza edificada entre el frente de su casa y el vial público se puedan tener vistas sobre la propiedad o copropiedad de Rita.

Palmira, Leoncio, Petra y Purificación interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Fundamentan el recurso de casación en que se trata de una servidumbre aparente, continua y positiva. De este modo, al llevar más de treinta años levantada la referida construcción, la denominada servidumbre de luces y vistas por la actora/recurrida habría sido adquirida por la prescripción de veinte años legalmente establecida.

El recurso es desestimado. En este caso, la construcción que ha generado la situación de vistas sobre el fundo de Rita consiste en un semisótano, con cubierta superior al nivel de la planta baja del edificio pero elevado sobre la línea de rasante del lindero común con la finca de la demandante, y que ha sido delimitado perimetralmente por una barandilla de forma que genera un espacio pisable o terraza desde la que se obtienen vistas directas sobre la parcela copropiedad de la demandante, sin respetar las distancias impuestas por el artículo 582 CC. Se trata de una construcción íntegramente ubicada dentro de los límites de la parcela de los demandados, sin invasión u ocupación alguna del suelo o del vuelo de la finca de la demandante, de tal forma que existe una situación de perturbación de la intimidad y privacidad familiar, cuya evitación constituye la *ratio* de los artículos 581 y 582, sin que conste un hecho obstativo concreto y formal anterior que hubiera podido justificar el comienzo del cómputo del plazo de prescripción.

Por otro lado, no existe prescripción extintiva de la acción negatoria de servidumbre por dos motivos. Por un lado, respecto de la pretensión de retrotraer el inicio del cómputo del plazo a la fecha de la ejecución de la obra del semisótano, esa fecha no es aquí la determinante, pues lo relevante a los efectos de evitar la intromisión que deriva de una servidumbre de vistas sobre finca contigua es la instalación de una barandilla que convierte aquella cubierta en una terraza equiparable a estos efectos a un balcón. Y no ha quedado probado que la fecha de la instalación de la citada barandilla sea la de ejecución de aquella construcción o que su antigüedad sea superior a treinta años. Por otro lado, consta que la demandante había mantenido su residencia en otro municipio y que a su regreso al municipio en cuestión se instaló en su actual vivienda y que comenzó a quejarse por la instalación de la barandilla, revelando así un *ius conservandi* incompatible con la prescripción de su derecho y de la acción negatoria destinada a su protección, y discordante con el criterio restrictivo con el que ha de ser interpretada la prescripción. (T. R. C.)

DERECHO DE FAMILIA

22. El interés superior del menor. Valoración.—En primer lugar, el Tribunal Supremo apunta que el interés superior del menor es un concepto que debe valorarse en atención a las circunstancias específicas de cada caso. Ello implica que los tribunales deberán contar con amplias facultades para valorarlo y garantizarlo de acuerdo con el singular contexto de cada conflicto.

En segundo lugar, recuerda que es doctrina jurisprudencial (SSTS 141/2000, de 29 de mayo; 176/2008, de 22 de diciembre; 77/2018, de 5 de julio, y 113/2021, de 31 de mayo) que el interés superior del menor engloba diversos elementos que no tienen que ver únicamente con las circunstancias personales de los progenitores y las necesidades emocionales de los hijos, sino también con otros aspectos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser cuidadosamente evaluados para evitar que la estabilidad del menor pueda verse resentida.

El interés superior del menor. Orden público.—El Tribunal Supremo afirma que la protección del interés superior del menor es una cuestión de orden público (SSTS 258/2011, de 15 de abril; 569/2016, de 28 de septiembre, y 251/2018, de 25 de abril) y que valorarlo constituye el principio fundamental que debe guiar todas las decisiones concernientes a los menores (SSTC 64/2019, de 9 de mayo, y 113/2021, de 31 de mayo).

El interés superior del menor y la guarda y custodia compartida.—Aunque la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino una opción normal y beneficiosa que garantiza el derecho de los hijos a mantener una relación estable con ambos progenitores (entre otras, SSTS 386/2014, de 2 de julio; 311/2020, de 16 de junio, y 175/2021, de 29 de marzo), recuerda el Tribunal Supremo que, como todas las medidas referentes a los menores, se encuentra supeditada a la satisfacción de su primordial interés. Así, se considerará abstractamente beneficiosa en la medida en que: 1) se promueve la relación equilibrada con ambos progenitores; 2) se evita el sentimiento de pérdida; 3) no se cuestiona la idoneidad de los padres; y 4) fomenta la cooperación entre los progenitores.

Entre las pautas que se han de tomar en consideración para acordarla, el Tribunal Supremo ha establecido, entre otras, las siguientes: la relación previa de los progenitores con el menor, las habilidades personales de estos, los deseos manifestados por los menores competentes y los resultados de los informes exigidos legalmente. (**STS de 10 de mayo de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—María Esther y Cornelio se separaron de mutuo acuerdo en 2015. La sentencia que homologó el convenio regulador recogía que la guarda y custodia de la hija común de los litigantes sería atribuida a la madre, contando el padre con un amplio régimen de visitas.

Paralelamente, Cornelio se encontraba inmerso en un procedimiento penal iniciado por la denuncia formulada por María Esther, del que resultó absuelto en 2017. Asimismo, fueron archivadas las diligencias previas seguidas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 10 de Madrid.

En febrero de 2017, María Esther promovió demanda de divorcio en la que se interesaba, entre otras cosas, la supresión de las visitas paternas intersemanales y el aumento del importe de los alimentos. Por su parte, Cornelio se opuso a tales medidas y solicitó la custodia compartida de la menor.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda de María Esther y mantuvo la custodia exclusiva de la madre. No obstante, se añadió a las visitas de las que gozaba el padre la pernocta de los domingos de los fines de semana alternos que le correspondieran. Esta resolución fue recurrida en apelación por María Esther e impugnada por Cornelio. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y desestimó la impugnación, revocando parcialmente la sentencia y acordando el mantenimiento de las medidas pactadas en la sentencia de separación matrimonial de 2015.

Contra esta resolución, Cornelio interpuso recurso de casación por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*M. S. G.*)

23. Atribución del uso de la vivienda familiar en caso de divorcio.— A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en caso de que la sentencia de divorcio acuerde la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio y los descendientes hasta la independencia económica de estos últimos, prevalece este criterio cuando es adoptado con el consenso de los cónyuges y no se produce un cambio en las circunstancias que justifique su modificación. (**STS de 20 de abril de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—En virtud de una sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Collado Villalba, el 30 de diciembre de 2010 se disolvió por divorcio el matrimonio constituido entre Fidel y Adoración, acordándose la atribución a la excónyuge y sus hijos hasta su independencia económica del uso de la vivienda familiar, ajuar y mobiliario doméstico. El excónyuge interpuso una demanda de modificación de estas medidas, solicitando la atribución del uso de la vivienda familiar solo a los hijos. El juzgado desestimó la demanda, mientras que la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, acordando la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y el ajuar doméstico hasta que el hijo menor alcanzara la mayoría de edad. Finalmente, se interpuso recurso de casación, en atención a la infracción de los artículos 91 y 96 CC y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad.

NOTA.—El Tribunal Supremo, de conformidad con su doctrina jurisprudencial, considera que habiendo acordado la sentencia de divorcio, con base al consenso de los cónyuges, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la madre y a los hijos menores de edad, hasta la independencia económica, prevalece lo acordado por consenso.

La única salvedad a lo expuesto es que las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges aconsejen la modificación, de conformidad con el artículo 90.3 CC, una circunstancia que no se produce en este supuesto. Finalmente, recuerda que para promover una modificación de medidas es necesario probar la existencia de un cambio de circunstancias. (C. A. C.)

24. Custodia compartida: improcedencia de la prohibición prevista en el artículo 92.7 CC, por haberse cancelado los antecedentes penales.—El sistema de custodia compartida a favor de un progenitor condenado por violencia de género no infringe el artículo 92.7 CC si en el momento de su establecimiento ha transcurrido el plazo de cancelación de antecedentes penales.

Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: posibilidad de que el juez determine lo procedente de acuerdo con el artículo 96 CC, y limitación temporal.—En los casos de custodia compartida se aplicará el criterio legal previsto en el artículo 96.1 CC para los supuestos en que alguno de los hijos quede en compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro. El juez resolverá lo procedente ponderando las circunstancias concurrentes, especialmente: primero, el interés más necesitado de protección, que es el de compaginar los periodos de estancia de los menores con los progenitores; y segundo, a quién pertenece la vivienda familiar. Siempre cabrá la limitación temporal de tal uso, similar a la establecida en el artículo 96.2 CC para los matrimonios sin hijos (STS 513/2017, de 22 de septiembre).

Cuantía de la pensión alimenticia en supuestos de custodia compartida: juicio de proporcionalidad (art. 146 CC).—Cabe fijar una pensión alimenticia pese a la adopción de un sistema de custodia compartida, dada la disparidad de los ingresos económicos de los progenitores. A efecto de determinar su cuantía resulta relevante el menor número de días que los menores, por razón de la custodia compartida, estarán en compañía del progenitor solicitante de la pensión.

Pensión compensatoria: presupuestos y limitación temporal.—La simple desigualdad económica no determina automáticamente un derecho de compensación, siendo preciso ponderar las circunstancias previstas en el artículo 97 CC, párr. 2.º, que operan como criterios determinantes de la existencia del desequilibrio y módulos de cuantificación (STS 100/2020, de 12 de febrero, con cita de otras), entre los que se encuentra la dedicación al cuidado de los hijos y sus consecuencias en la promoción laboral motivadas por la reducción de jornada. (STS de 28 de marzo de 2022; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Ante un juzgado de violencia de género se siguió un proceso de divorcio por la esposa en el que solicitó la atribución de la guarda y custodia de los menores, el uso de la vivienda familiar de carácter ganancial, y el establecimiento de pensiones alimenticia y compensatoria, pretensiones a las que se opuso el otro cónyuge.

El juzgado estimó la demanda, pronunciando que sería revocado en apelación de forma parcial, acordándose la guarda y custodia compartida, con alternancia semanal, así como la contribución de cada cónyuge a los gastos ordinarios de los menores mientras los

tengan consigo, y al resto de gastos al 50%, sin perjuicio de una pensión mensual de 200 euros mientras los menores se encuentren con la esposa, a la que se atribuyó el uso de la vivienda durante un año.

La esposa formuló recurso casación articulado en cinco motivos. En el último, alegó vulneración el artículo 92.7 CC, por encontrarse incurso el padre en un proceso penal por atentar contra su integridad moral, lo que evidenciaba la falta de respeto entre los cónyuges que impediría la custodia compartida. Motivo que sería desestimado por transcurrir el plazo de cancelación de tales antecedentes delictivos, y haber solicitado la esposa la guarda exclusiva proponiendo un amplio sistema de visitas de su esposo, que demostraba que lo consideraba apto para una convivencia amplia con los hijos. En el motivo primero solicitó que se fijase un tiempo de cinco años para el uso de la vivienda por ella y los hijos, por resultar el interés más necesitado de protección o, al menos el de dos años que había solicitado el padre en la contestación a la demanda, plazo este que fue finalmente establecido para contribuir a la adaptación al nuevo escenario económico en el que buscar otra residencia para los menores. En el motivo segundo alegó que la cuantía de alimentos de 200 euros mensuales para cada hijo, no resultaba proporcional a la capacidad económica de los alimentantes, pues el padre percibía más de 4.000 euros al mes, y la madre 746 euros, por lo que solicitaba una pensión de 270 euros mensuales, lo cual fue rechazado. En los motivos tercero y cuarto, esgrimió que existía un desequilibrio económico tras la ruptura del matrimonio, atendiendo a su duración de 14 años, la falta de cualificación profesional de la esposa, quien redujo su jornada para dedicarse a los hijos cuando eran pequeños, y reprochó la falta de realización de un juicio prospectivo con prudencia y ponderación y con criterios de certidumbre, sobre su idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio en un tiempo concreto. Se reconoció una pensión compensatoria de 150 euros mensuales durante cinco años. (*F. S. N.*)

25. Pensión compensatoria (art. 97 CC): su limitación temporal se encuentra supeditada al cumplimiento de su función de restablecimiento del equilibrio económico transcurrido un concreto periodo de tiempo.–

La fijación de una pensión compensatoria con límite temporal exige que no se resienta su función de restablecimiento del equilibrio económico alterado por la crisis matrimonial, que le resulta consustancial de acuerdo con el artículo 97 CC. Por ello, tal limitación temporal precisa constatar la concurrencia de una situación que permita al cónyuge beneficiario superar el desequilibrio económico transcurrido un concreto periodo de tiempo. A tales efectos, el órgano judicial debe realizar un juicio prospectivo a fin de predecir las posibilidades de que, en un concreto plazo, desaparezca el desequilibrio existente, por la idoneidad o aptitud del beneficiario para superarlo en un tiempo determinado, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar la pensión más allá de ese límite temporal. Dicho juicio deberá llevarse a cabo de forma circunstancial y prudente, con altos índices de probabilidad, que se alejen del denominado futurismo o adivinación. El posible carácter indefinido de la pensión compensatoria no impide su modificación o extin-

ción si se cumplen las condiciones de los arts. 100 y 101 CC (STS 807/2021, de 23 de noviembre, con cita otras).

En el dato de la edad no se puede apoyar de forma convincente la idoneidad de la beneficiaria para encontrar un empleo que le permita superar el desequilibrio económico, porque lo relevante no es que dicha edad le posibilite desempeñar un trabajo remunerado, sino que, precisamente por su avanzada edad, pueda encontrarlo, máxime cuando no constan datos sobre la formación, cualificación y experiencia profesional capaces de compensar el efecto desfavorable de su edad. (**STS de 3 de marzo de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—La recurrente en casación argumentó que la Audiencia había limitado temporalmente la pensión compensatoria (200 euros mensuales) a cuatro años, sin fundamentar fehacientemente que superaría el desequilibrio económico después de tal periodo. El matrimonio, sometido al régimen de gananciales, duró 41 años. La recurrente se había dedicado básicamente a la educación y crianza de los dos hijos comunes (quienes tienen actualmente 38 y 40 años), lo que compatibilizó con diversos trabajos, alternando periodos en los que estuvo sin trabajar. Tenía la edad de 61 años en el momento de dictarse la sentencia de apelación, sin constar la posesión de estudios, y se encontraba percibiendo la denominada Renta Activa de Inserción por importe de 431 euros mensuales, mientras que su esposo percibía unos ingresos de 1227 euros. Se estimó el recurso de casación. (*F. S. N.*)

26. El carácter privativo de la donación efectuada por un padre a favor de su hijo, que posteriormente, utiliza para la compra de la vivienda ganancial.—Sobre esta cuestión es clara la doctrina del Tribunal Supremo que se desprende del juego de los artículos 1346.2 CC, que considera bienes privativos de cada cónyuge «los que adquiera después por título gratuito» y 1353 CC: «Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario». Sostiene el Alto Tribunal que son, entre otros, requisitos indispensables para que la donación tenga carácter ganancial que, la disposición a título gratuito se haga sin designación de partes, que la liberalidad sea aceptada por ambos cónyuges y que la atribución se efectúe «a los cónyuges conjuntamente», y no, por lo tanto, en beneficio exclusivo de uno de ellos, pues de ser así, el bien sería privativo de éste por aplicación del régimen normativo ordinario del artículo 1346.2 CC. En definitiva, que una cantidad se ingrese en una cuenta de la que son titulares ambos cónyuges, no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados siendo de gran importancia considerar el origen del dinero que nutre la cuenta para calificar el carácter dominical de los fondos (SSTS 1090/1995, de 19 de diciembre; 83/2013, de 15 de febrero; 534/2018, de 28 de septiembre, y 454/2021, de 28 de junio, entre otras). Además, «la inversión de la cantidad donada por los padres en la adquisición de un bien ganancial no la transforma, per se, en ganancial, sino que genera una deuda de la sociedad si se ha invertido a favor de ésta...» (STS 483/2007, de 9 de mayo).

Un crédito actualizado contra la sociedad de gananciales en concepto de capital privativo debe ser incluido en el pasivo del inventario de los bienes de la sociedad disuelta y en fase de liquidación.—Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que sostiene que, aunque son gananciales los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges cuando consta la voluntad de ambos de atribuir carácter ganancial al bien adquirido, si se prueba que para la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso (SSTS 295/2019, de 27 mayo; 415/2019, de 11 de julio; 138/2020, de 2 de marzo; 216/2020, de 1 de junio; 591/2020, de 11 de noviembre; 454/2021, de 28 de junio; 795/2021, de 22 de noviembre; 57/2022, de 31 de enero, y 128/2022, de 21 de febrero). (STS de 25 de abril de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En la sentencia de primera instancia el juez estableció el inventario de la sociedad de gananciales, que se constituyó por el matrimonio de Plácido y Palmira, y que quedó disuelto por divorcio. El pasivo incluía el crédito actualizado por importe de 30.543,43 de euros de Plácido, contra la sociedad legal de gananciales constituida, en su día, con Palmira, en concepto de capital privativo invertido en la adquisición de la vivienda ganancial y plaza de garaje (21.035,42 euros), sitas en la AVENIDA000 de Alicante.

Esta sentencia es recurrida por Palmira, estimando la segunda instancia el recurso, y disponiendo excluir del inventario la partida controvertida.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de segunda instancia, estimando el recurso interpuesto por Plácido. (M. Z. Z.)

27. Liquidación de la sociedad de gananciales y separación de hecho.—Mediante esta sentencia, el Tribunal Supremo aclara su jurisprudencia sobre la inclusión o no de los bienes adquiridos por los cónyuges con posterioridad a su separación de hecho. Nuestro Alto Tribunal parte de la base de que, en casos de divorcio judicial, la disolución se produce en el momento en que la sentencia que lo decreta adquiere firmeza, pero matiza que, de forma excepcional, el principio de buena fe impide a los cónyuges reclamar que se integren en el activo de la sociedad de gananciales los bienes que el otro haya adquirido durante la separación de hecho sería, prolongada y mutuamente consentida. (STS de 5 de abril de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—A y B, cuyo matrimonio se regía por el régimen de sociedad de gananciales, se separaron de hecho de mutuo acuerdo. Transcurridos los años, A presentó demanda de divorcio contra B, a cuya conclusión el Juzgado de Primera Instancia decretó el divorcio pero rechazó pronunciarse sobre la fecha de extinción del régimen de gananciales, remitiéndose al procedimiento de liquidación correspondiente. Pendiente el recurso de apelación contra esta pronunciamiento, B solicitó la formación de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales, pretendiendo que se incluyeran

en él los ingresos de A posteriores al divorcio pero anteriores a la firmeza de la sentencia. A, por su parte, alegó que debían excluirse de dicho inventario todos los ingresos posteriores a la separación.

El Juzgado de Primera Instancia competente para conocer de dicha solicitud declaró la retroacción de efectos de la disolución del régimen de gananciales al momento de la separación de hecho de los cónyuges, excluyendo los bienes adquiridos con posterioridad. Contra esta sentencia B presentó recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Finalmente, interpuestos sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, el Tribunal Supremo vuelve a desestimar las pretensiones de B, razonando que, si bien la disolución de la sociedad de gananciales se produce por la firmeza de la sentencia que decreta el divorcio, la existencia de una separación de hecho sería y prolongada impide incluir en el activo los bienes adquiridos con posterioridad.

NOTA.—Si bien el artículo 1393.3.º CC no contempla la disolución de la sociedad de gananciales por la mera separación de hecho de los cónyuges, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo tendente a flexibilizar este precepto, sirviéndose del límite de la buena fe, entendiendo que la separación libremente consentida y prolongada en el tiempo excluye el fundamento de la sociedad conyugal (*vid.*, SSTs de 17 de junio de 1988 y 165/2008, de 21 de febrero). La presente sentencia insiste en esta tesis, reiterando y aclarando la doctrina establecida por las SSTs 297/2019, de 28 de mayo; 501/2019, de 27 de septiembre, y 136/2020, de 2 de marzo; en el mismo sentido, de forma más reciente, la STS 464/2022, de 6 de junio. Ha de advertirse, no obstante, que la aplicación de esta regla no puede ser automática sino en atención al fundamento de la norma y a las circunstancias del caso concreto, como pone de relieve la STS 226/2015, de 6 de mayo, debiendo constatar una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal. (C. C. S.)

28. Liquidación de sociedad de gananciales. Actualización de cantidades abonadas por uno de los cónyuges que fueran de cargo de la sociedad y, en general, los créditos de los cónyuges contra ésta (art. 1398.3.º CC): aplicación del Índice General de Precios al Consumo al tratarse de deudas de valor.—Las cantidades pagadas por uno solo de los cónyuges para satisfacer gastos gananciales o las que constituyen créditos de los cónyuges contra la sociedad, a las que se refiere el artículo 1398.3.º CC, no constituyen deudas de dinero que deban devolverse en la misma cantidad de moneda, sino deudas de valor, por lo que la prestación debida se manifiesta en un equivalente de poder adquisitivo al tiempo de liquidar la sociedad conyugal.

El empleo por uno de los cónyuges de caudal propio para la amortización de préstamos que sean de cargo de la sociedad de gananciales genera un crédito contra esta actualizable con arreglo a los índices de depreciación monetaria, de acuerdo con el artículo 1398.3.º CC en relación con el artículo 1364 CC, según el cual *el cónyuge que hubiera aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean a cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común* (STS 645/2006, de 19 de junio).

La actualización conforme al IPC de las cantidades ingresadas por un cónyuge en una cuenta conjunta es coherente con la exigencia legal prevista en el artículo 1398.3.ª CC, de que el reembolso del valor satisfecho a costa del caudal propio se haga mediante el reintegro de su importe actualizado (STS 371/2021, de 31 de mayo). El IPC es una medida estadística de la evolución de los precios de los bienes y servicios que consume la población residente en viviendas familiares en España y, en consecuencia, es el procedimiento idóneo para determinar el equivalente actual del poder adquisitivo de las cantidades que, habiendo sido satisfechas por uno de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad de gananciales. No ocurre lo mismo con el interés legal del dinero (art. 1108 CC), en tanto éste se utiliza como un sistema de liquidación de daños y perjuicios en el caso de mora. **(STS de 24 de marzo de 2022; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En un procedimiento de liquidación de gananciales se discutía la concreta fórmula de actualización del importe de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad de gananciales y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad de gananciales en aplicación del artículo 1398.3.ª CC. Tanto en primera instancia como en apelación se rechazó la pretensión de actualizar dichas cantidades de acuerdo con el IPC, al calificarse como deudas dinerarias y actualizarse conforme al interés legal del dinero (art. 1108 CC). El Tribunal Supremo estimó el recurso.

NOTA.—Los reembolsos tratados en la sentencia son diferentes a los créditos que puedan surgir entre los cónyuges sin intervención de la sociedad de gananciales, porque estos no se actualizarán, sino devengarán intereses al no caer en el ámbito del artículo 1398.3.º CC, que contempla la actualización de deudas de la sociedad de gananciales frente a los cónyuges, no de las existentes entre estos. Puede verse la STS 319/2023, de 28 de febrero, que condenó al pago de los intereses devengados desde la fecha del inicio de un procedimiento de liquidación de gananciales en el que se permitió la reclamación de unos créditos personales entre los cónyuges. (F. S. N.)

29. Determinación de la filiación de niños nacidos mediante gestación por sustitución.—En sentencia de pleno 835/2013, de 6 de febrero, y en el posterior auto de 2 de febrero de 2015, que desestimó la solicitud de nulidad de dicha sentencia, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sostuvo que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era contraria (manifiestamente contraria, podemos precisar) al orden público español. Esta contrariedad manifiesta deriva no solamente de que el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) establezca la nulidad de pleno derecho de estos contratos y que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto; sino que esta contrariedad deriva también de que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte.

En este sentido, el Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, afirma sobre esta cuestión: «La exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos».

Los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios al orden público español. No se trata solamente de que el artículo 8 del CEDH no garantice el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia. Es que, como concluye el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse acosta de los derechos de otras personas.

Protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución.—Si se pretende la determinación de la filiación de un menor conforme a la ley española, concretamente conforme al artículo 131 CC (determinación legal de filiación manifestada por la constante posesión de estado), conforme al artículo 9.4 CC, la normativa aplicable para resolver esta pretensión es la del Estado donde el hijo tenga la residencia habitual, no la del Estado en que haya nacido.

En este sentido, la legislación española declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante. El artículo 26.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, exige para la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales, que «la adopción no vulnere el orden público». Y tras la modificación introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, establece que «[a] estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o *se obtuvieron mediante pago o compensación*» (énfasis en cursiva añadido).

Estas previsiones de las leyes y convenios internacionales contrastan radicalmente con lo que sucede en la práctica. El Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada de 2017 pone de relieve la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica no existan obstáculos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución comercial en la que se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, si ha tenido lugar en el extranjero. La consecuencia es que el niño nacido en el extranjero fruto de una gestación por sustitución, pese a las normas legales y convencionales, entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado.

En sentencia de 835/2013, afirmó el Tribunal Supremo que si tal núcleo familiar existe actualmente, si el menor tienen relaciones familiares *de facto* con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial en su favor, la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este tribunal ha reconocido la existencia de una vida familiar *de facto* incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante.

En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el artículo 10.3 LTRHA. Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción. El Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos «la adopción por parte de la madre comitente». La cuestión de una posible diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto, tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años.

La posibilidad abierta a la adopción satisface el interés superior del menor, valorado *in concreto*, como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general, que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución. En efecto, si estas agencias pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, ello terminaría por fomentar esta práctica. **(STS de 31 de marzo de 2022; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Luis interpone demanda en la que ejercita la acción de determinación legal de filiación materna de su hija Aurelia. En la demanda solicita se declare que Aurelia, hija del demandante, es la madre del menor Pedro, nacido en 2015, en México, mediante gestación subrogada. Tras su nacimiento, Pedro viaja a España con su madre, la hija del demandante, y desde entonces reside bajo su tutela en el domicilio familiar, en donde convive también el demandante durante los dos años anteriores a la demanda. Luis alega que Aurelia venía ejerciendo de modo real y efectivo como madre de Pedro desde su nacimiento y tenía la consideración de madre legal para la legislación mexicana, país cuya nacionalidad ostenta Pedro, al no habersele concedido la española.

Aurelia contesta a la demanda y reconoce los hechos. El Ministerio Fiscal solicita se dicte sentencia de conformidad. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, e indica que Aurelia podrá instar la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor Pedro.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación que ambas partes interponen y al que se opuso el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación, al considerar que se ha infringido el artículo 131 *in fine* CC, con relación al artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Afirma que la sentencia recurrida determina una filiación materna respecto de una persona que no es madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio y en contravención directa del citado artículo 10. Carmen, por sustitución procesal de Luis (fallecido), solicita la desestimación del recurso. Aurelia impugna el recurso.

El recurso de casación es estimado, por considerar el Tribunal Supremo que, en nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de una relación como la descrita puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad y, respecto de la madre, mediante la determinación de la filiación por adopción.

NOTA.—Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. (T. R. C.)

30. Reconocimiento de sentencia dictada por tribunal extranjero. El requisito del emplazamiento personal del demandado ex artículo 46 1. b) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.—La expresión normativa de que sea entregada la «cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse», ya figuraba recogida en el artículo 27.2 del *Convenio de Bruselas sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968*, así como en el *Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988*. La STJUE de 13 de julio de 1995 consideró que *con tal emplazamiento se designa el acto o los actos cuya notificación al demandado, efectuada de forma regular y con tiempo suficiente, coloca a éste en condiciones de invocar sus derechos antes de que se dicte en el Estado de origen una sentencia ejecutoria*. Aunque se tratan de Convenios no aplicables al presente caso, que versa sobre el reconocimiento de una sentencia dictada por un tribunal colombiano, constituyen antecedentes normativos del artículo 46 de la Ley 29/2015 y sirven para justificar la razón de su exigencia.

Rebeldía involuntaria: no se aportaron los documentos acreditativos de la puesta en conocimiento del demandado de la existencia del proceso en que se dictó la sentencia cuyo reconocimiento se postula.—En el presente caso, la inadmisión de la demanda estaba bien acordada, al no haberse aportado, pese al requerimiento efectuado, los documentos acreditativos de la puesta en conocimiento del demandado de la existencia del proceso en que se dictó la sentencia cuyo reconocimiento se postula. No es suficiente que se acredite que para el emplazamiento del demandado se libró despacho al cón-

sul de Colombia en Toledo, si no constan las concretas gestiones efectuadas para su localización o la concreta forma en que se intentó su emplazamiento, sin que sea suficiente la publicidad por edictos en periódicos de Colombia, cuando el demandado carece de punto de conexión conocido con tal país, al ser nacional español, y darse como lugar de residencia España.

Inexistencia de vulneración del derecho a la educación. No existe obstáculo legal alguno para que la madre proceda a la matriculación de su hijo.—Deviene inexplicable la alegación de la vulneración de tal derecho fundamental [derecho a la educación]; pues la escolarización del hijo de los litigantes no exige la privación de la patria potestad de su progenitor, correspondiendo a la madre su ejercicio como, con diáfana claridad, resulta del artículo 156 del CC, que se la atribuye en los supuestos de ausencia o imposibilidad del otro progenitor, o en el caso de que vivan separados, pues entonces se ejercerá por aquél con quien el hijo viva que, en este caso, es la madre. Por tanto, no existe obstáculo legal para que la madre proceda a la matriculación de su hijo, sirva de interlocutora con el Centro escolar, y sea reputada como representante legal del menor (art.154.2.º CC). (STS de 14 de marzo de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La cuestión se circunscribe a la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal de justicia colombiano sobre la atribución de la patria potestad exclusiva de un menor a la madre y su privación al padre. El niño había nacido en España y los progenitores contaban con la nacionalidad española.

En el procedimiento seguido ante las autoridades judiciales colombianas, para el emplazamiento personal del demandado se libró despacho al Cónsul de Colombia en Toledo (España), sin que consten las concretas gestiones realizadas para su localización, que resultaron infructuosas, lo que motivó que fuera emplazado por edictos en periódicos de Colombia y que se dictase sentencia en rebeldía.

Se dio la circunstancia que el menor había cambiado de nombre, ante un notario en Colombia, por lo que el que figuraba en la sentencia no coincidía con el inscrito en el Registro Civil español.

El Juzgado inadmitió a trámite la solicitud de ejecución de sentencia por falta de presentación de la resolución favorable del Registro Civil español sobre el cambio de nombre del menor. Presentado el recurso de apelación, la Audiencia requirió a la apelante a efectos de comprobar la observancia del requisito del artículo 46.1.a) de la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional*, relativo a si se había emplazado personalmente al demandado. La apelante indicó todas las gestiones efectuadas al respecto a través del Consulado de Colombia en Toledo hasta en tres domicilios distintos, así como el emplazamiento por edictos en periódicos colombianos de tirada nacional. Dejando constancia de la imposibilidad del practicar el emplazamiento personal. Así las cosas, la Audiencia inadmitió la solicitud de ejecución al no haberse dictado la sentencia, cuya homologación se instaba, con citación personal del demandado, lo que constituía un requisito del orden público de ineludible observancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

DERECHO DE SUCESIONES

31. Herencia. La partición: objeto y adición de herencia.—La partición tiene por objeto dividir los bienes que integran el caudal, sin perjuicio, conforme al artículo 1079 CC, de que la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia, dé lugar a que se complete o adicione la partición con los objetos y valores omitidos, por lo que no existe obstáculo a adicionarlos en el procedimiento de división del caudal, amén de no producir efectos de cosa juzgada la sentencia que ponga fin a este procedimiento, conforme al artículo 787 LEC.

Partición de herencia: el cónyuge viudo no puede pedirla como legitimario.—El cónyuge viudo por su sola condición de legitimario con derecho al usufructo de parte de la herencia no está legitimado para pedir la partición e imponer a los partícipes en la comunidad hereditaria una división que no deseen.

Atribución de legados al cónyuge viudo, además de la cuota usufructuaria.—En tal caso, el viudo tiene derecho a lo dejado en legado y, además, a la cuota. La jurisprudencia que se ha ocupado en supuestos de atribución de legados al cónyuge viudo acerca de si debían imputarse a cuenta de su cuota legal usufructuaria o bien si debían acumularse, ha ahondado en todos los casos en la intención del testador (SSTS de 21 de febrero de 1900, 3 de junio de 1947, y 540/2008, de 12 de junio). Así, el artículo 815 CC permite al legitimario a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima pedir su complemento. Si la voluntad del testador fuera dejar al legitimario tan solo lo legado, si con ello se cubre la legítima, el legitimario nada más podría reclamar.

Interpretación del testamento: el artículo 675 CC.—La interpretación testamentaria debe atender a la búsqueda de la efectiva voluntad del testador (SSTS 13/2003, de 21 de enero; 327/2010, de 22 de junio; 516/2012, de 20 de julio, y 118/2021, de 3 de marzo, entre otras muchas).

Prueba extrínseca en la interpretación testamentaria.—Cuando a la vista del sentido gramatical de las cláusulas testamentarias surjan dudas sobre la verdadera voluntad declarada por el causante en su testamento, para ponerla de manifiesto y descubrirla, además del análisis de la literalidad del texto del testamento, puede acudir a la prueba extrínseca, es decir a otros medios ajenos al propio testamento, en particular a los actos del testador previos o posteriores al otorgamiento (SSTS 13/2003, de 21 de enero, y 547/2009, de 28 de julio, entre otras).

Interpretación testamentaria en casación.—La interpretación judicial realizada en la instancia solo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que llega sean absurdas, ilógicas o contrarias a la voluntad del testador (779/2009, de 10 de diciembre; 115/2010, de 18 de marzo; 327/2010, de 22 de junio; y 322/2011, de 5 de mayo, entre otras muchas).

Base de cálculo de la legítima del artículo 818 CC y computación de donaciones hechas por el causante.—Para calcular la legítima, a efectos del artículo 818 CC, deben computarse todas las donaciones hechas por el causante, ya en favor de legitimarios ya de extraños. La expresión *donaciones colacionables*, se utiliza en el artículo 818 CC de manera impropia, pues la colación propiamente dicha, que es dispensable y no tiene por finalidad proteger la legítima, es la que se regula en los arts. 1035 y ss. CC, y es una operación particional dirigida a obtener en lo posible una igualdad entre los legi-

timarios que además sucedan a título de heredero. En la medida en que el sistema de colación regulado en el CC es un sistema de adición contable de las cosas donadas, tomando de menos el donatario del caudal relicto el valor de lo ya recibido por vía donación, es lógico que el artículo 1045 CC establezca que ha de traerse a colación el valor de las cosas donadas al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (si bien, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 1045 CC, *el aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario*).

Cuando la legítima se satisface por un legado (de cosa cierta, incluido dinero hereditario), una donación o una asignación particional hecha por el testador, tiene lugar una individualización de riesgos con independencia de la masa común.—Los beneficios o los riesgos de la cosa legada, donada o adjudicada por el causante son a beneficio o cargo exclusivamente del legatario, del donatario y del adjudicatario, por lo que el cálculo deberá hacerse partiendo del valor que los bienes relictos al tiempo del fallecimiento (y las donaciones si las hubiere, valoradas también en el momento de la muerte del causante). Esto por lo que se refiere al cálculo de la legítima dado que, de no haber quedado satisfecha por las atribuciones realizadas por el causante, si hubiera de ser completada con el pago de bienes relictos, estos necesariamente deberían valorarse en el momento de la liquidación.

Cuando el derecho de los legitimarios viene referido a una cuota (a título de institución de heredero, legado de parte alícuota), la valoración en el momento de la muerte permitirá determinar si existe lesión de algún legitimario.—Será a la hora de partir y materializar la cuota de los legitimarios que sean partícipes de la comunidad hereditaria, y como regla propia de la partición, cuando habrá de estarse a la valoración de los bienes en ese momento, pues los aumentos o disminuciones patrimoniales posteriores a la muerte del causante de los bienes que se han de partir sí son riesgos de la comunidad y de sus partícipes.

La colación propiamente dicha del artículo 1045 CC, se refiere a la aplicación entre legitimarios que reciban su legítima a título de herencia.—Aquí, la colación servirá para calcular lo que habrá de tomar de menos el que hubiera recibido una donación colacionable.

Doctrina de los actos propios: fundamento.—Tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (STS 547/2012 de 5 de febrero de 2013). El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS de 9 de diciembre de 2010 y 7 de diciembre de 2010). Como afirmó la STS de 25 de febrero de 2013, dicha doctrina significa que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real. (STS de 3 de marzo de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El litigio se plantea en un proceso de división judicial de la herencia en el que intervienen, de una parte, como deman-

dante, la viuda del causante y, de otra, los tres hijos del causante habidos de un primer matrimonio.

Se discutía fundamentalmente: a) la interpretación de la voluntad del testador en relación con la imputación de los legados y el pago de la legítima viudal, y b) el momento en el que deben valorarse los bienes para el cálculo de la legítima pagada a la viuda con la adjudicación de unos legados de cosa cierta y determinada.

El testamento contenía las siguientes cláusulas: 1.^a Lega a esposa con cargo al usufructo viudal recayente sobre el tercio de mejora y si lo superare, con cargo al tercio de libre disposición, el usufructo vitalicio de unos inmuebles determinados propiedad del testador, excluyendo el usufructo del resto de sus bienes. 2.^a Lega también a su esposa, en pleno dominio con cargo al tercio de libre disposición, todos los plazos fijos, cuentas, acciones y valores que tuviera el testador en el momento de su fallecimiento en el Banco de Valencia. 3.^a En el remanente de todos sus bienes derechos y acciones, instituye herederos universales, por partes iguales, a sus tres citados hijos.

Expresamente hace constar el testador que sus hijos han recibido en vida de él a cuenta de su legítima diversas liberalidades, algunas encubiertas de manera onerosa, siendo su voluntad que se proceda a la debida computación, imputación y colación de dichas atribuciones.

Los tres hermanos otorgaron escritura de entrega de legados a favor de la viuda.

Los contadores partidores designados presentaron las operaciones de formación de inventario y partición de la herencia y todas las partes presentaron escritos de impugnación de distintas partidas.

El juzgado dictó sentencia por la que estimó parcialmente las oposiciones al inventario elaborado por los contadores partidores. Ambas partes recurrieron en apelación y la audiencia desestimó el recurso de la viuda y estimó en parte el de los tres hermanos. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación interpuesto por la viuda. (*I. D.-L.*)