

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

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

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

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Prescripción de la acción: cómputo del plazo anual (art. 1968.2.º CC) en caso de tramitación de causa penal, e interrupción.–La particular interpretación restrictiva de la que es objeto la prescripción anual (art. 1968.2.º CC) no permite derogar por la vía interpretativa esta institución. Asimismo, la improrrogabilidad del plazo de prescripción imposibilita una interpreta-

ción extensiva de las causas de interrupción (SSTS 8 de junio y 20 de octubre de 2015 y 25 de noviembre de 2016). Por ello, la solicitud de testimonio de las actuaciones penales para el ejercicio de acciones civiles no puede ser calificada como tal. Desde el conocimiento por parte del perjudicado del archivo de las actuaciones penales, y de la consecuente posibilidad de acudir a la vía civil, se inicia el cómputo del plazo de prescripción. **(STS de 12 de diciembre de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Una persona afectada por un trastorno depresivo y bipolar con síntomas psicóticos ingresó voluntariamente y acompañada de familiares en una clínica psiquiátrica concertada con su compañía aseguradora el día 12 de septiembre de 2007, en la que se suicidó ahorcándose con la cortina del baño el día 14 de octubre siguiente. Por estos hechos se siguió causa penal que fue sobreseída por auto del Juzgado de Instrucción de 21 de noviembre de 2007 que devino firme el 28 de abril de 2008, dictándose providencia de archivo de las actuaciones el 9 de junio de 2008. Tras ello, el 28 de enero de 2009, el hijo de la fallecida solicita testimonio de las actuaciones penales a los efectos de ejercitar las acciones civiles correspondientes. El día 22 de enero de 2010, transcurrido, por tanto, más de un año del archivo de las actuaciones, el cónyuge e hijo de la finada remiten burofax a la propietaria del centro psiquiátrico reclamando el abono de los daños y perjuicios causados, intimación que sería reiterada por el mismo medio el día 23 de diciembre siguiente. El día 29 de junio de 2011 el marido e hijo de la fallecida formulan demanda en ejercicio de acción de responsabilidad extracontractual contra la referida propietaria de la clínica y la compañía aseguradora que cubría la responsabilidad civil derivada de su explotación. Las entidades demandadas opusieron la prescripción de la acción por transcurso del plazo anual (art. 1968 CC). El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al acoger la excepción formulada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial igualmente acogió la prescripción de la acción. Se interpone recurso extraordinario por infracción procesal por una pretendida incongruencia omisiva de la sentencia. Entiende el recurrente que la sentencia de la Audiencia resulta incongruente al declarar prescrita la acción de responsabilidad extracontractual sin resolver el fondo del asunto con base a la responsabilidad contractual, ya que en la audiencia previa se aclaró que se ejercitaban ambas acciones. Este recurso fue desestimado. Argumenta el Alto Tribunal que la actora al fijar estos hechos sobre los cuales se ha de resolver no discutió si la relación era contractual o extracontractual, ni tampoco desvirtuó a lo largo del procedimiento el carácter extracontractual mantenido por la demandada. De ahí que concluya el Alto Tribunal que la sentencia recurrida resolvió sobre los hechos alegados y dio respuesta a lo que se plantea en relación a la unidad de culpa civil para entender que la acción ejercitada es la extracontractual y no la contractual. No obstante, el Tribunal Supremo añadió que las conclusiones de la sentencia recurrida sobre la naturaleza jurídica de la acción, en función de los hechos alegados, sólo tiene como cauce de revisión el recurso de casación. El recurso de

casación se fundamenta, en su primer motivo, en la infracción de los artículos 1101 y 1258 CC por falta de aplicación, así como de la doctrina de la unidad de culpa civil; y en el segundo, en la infracción de los artículos 1968.2.º, 1969 y 1973 CC, por aplicación errónea, y en la de la doctrina jurisprudencial en relación con los actos interruptivos de la prescripción contenida en las Sentencias de 27 de mayo de 1997 y 12 de diciembre de 2011.

NOTA.—Advertimos en esta sentencia un alcance más limitado de la doctrina de la unidad de culpa civil que en otros pronunciamientos. El Alto Tribunal toma en consideración la falta de prueba acerca el carácter contractual de la relación, pero también la omisión de alegación alguna tendente a ello (vid. fundamento de derecho tercero). Sin embargo, la STS de 18 de febrero de 1997 señaló: «no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa». No obstante, en ocasiones se ha impedido el cambio de acción por el actor al causar indefensión (STS de 3 de mayo de 1999). Pero en el caso de la sentencia extractada el actor calificó la relación como contractual en el acto de la audiencia previa.

En torno a la prescripción, se ha disentido de su interpretación restrictiva al observar que lo determinante es el no ejercicio del derecho, y no la presunción de abandono o renuncia de la pretensión (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Civitas. Madrid, 2007, p. 48). Sin embargo, y en relación con la interpretación restrictiva de la interrupción de la prescripción sostenida en la sentencia extractada, las SSTS de 16 de enero de 2003 y 2 de noviembre de 2005 acuden a la idea de abandono de la acción para estimar interrumpida la prescripción en cuanto se manifieste el *animus conservandi* por parte de su titular, cuya concurrencia en la petición de testimonio de actuaciones penales para el ejercicio de acciones civiles nos resulta opinable. (F. S. N.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho fundamental al honor: Intromisión ilegítima por insultos que no resultan amparados en las libertades de expresión e información, sin que tampoco proceda juzgar su veracidad. Determinación del *quantum indemnizatorio*: aplicación de los criterios legales.—El derecho a la libertad de expresión no ampara la facultad de insultar, ni tan siquiera cuando el destinatario ocupe un cargo público y los insultos se profieran con ocasión de debates políticos, dado que su uso resulta completamente innecesario para la crítica política. Aunque los políticos deben tolerar un nivel de crítica superior, resulta injustificado el empleo de la expresión «*gilipollas*» al no guardar relación alguna con la actividad política, siendo del todo innecesaria para realizar una crítica en una sociedad democrática (STC de 6 de

junio de 1990 y SSTS de 30 de diciembre de 2013 y 10 de octubre de 2014). El derecho de réplica o *ius retorquendi*, consecuencia de una discusión con cruce de acusaciones, tampoco habilita al insulto cuando ha finalizado el ambiente de polémica y contradicción con el ofendido. Ello no quebranta la doctrina del TEDH fijada en sentencia de 14 de junio de 2016 (caso Jiménez Losantos) que resulta contraria a sancionar penalmente los insultos vertidos por medios de comunicación, sin afirmar que resulten amparables. La veracidad de la información no es causa de exclusión de una intromisión ilegítima conforme al artículo 8 LOPDH, porque aun siendo veraz puede atacar el honor de una persona, y además las expresiones denigrantes o vejatorias por sí mismas lo vulneran. Conforme a reiterada jurisprudencia la determinación de la suma indemnizatoria por daños morales a causa de una intromisión ilegítima en el derecho al honor, corresponde a los órganos de instancia, y únicamente resulta revisable en casación en supuestos excepcionales de arbitrariedad o irracionalidad de las bases tomadas. Debe atenderse a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, y por último el beneficio obtenido por el causante de la lesión (art. 9.3 LOPDH). La ponderación de los daños morales debe apreciar el grado de difusión, la gravedad de los calificativos, la aportación de imágenes a la noticia, el lugar ocupado por ella en la publicación o programa, la posibilidad de difusión digital y el beneficio económico (STS de 27 de enero de 2017). La fijación de una indemnización simbólica por vulneración del derecho al honor resulta incompatible con su protección constitucional (SSTS 12 de diciembre de 2011, 4 de diciembre de 2014 y 26 de abril de 2017). Aquellos que poseen gran facilidad de acceso a la opinión pública y la consecuente posibilidad de autotutela no puedan gozar del mismo nivel de protección que otras personas. (STS de 11 de octubre de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Un dirigente político interpuso una demanda de protección del honor contra el director de un medio de comunicación que en el transcurso de un debate televisivo, en el que intervino también el primero, le llamó reiteradamente «*chorizo*» y «*mangante*»; en una red social reiteró el último insulto y publicó en referencia al político el comentario «*en España no cabe un gilipollas más*», y en una entrevista televisiva le volvió a llamar «*gilipollas*». En primera instancia fue estimada parcialmente la demanda al considerarse que la discrepancia y críticas políticas no justifican el empleo de insultos, y el demandado resultó condenado a sufragar a su costa la publicación de la sentencia en el periódico que dirigía, así como al pago en concepto de indemnización de la cantidad de 20.000 €, en vez de los 30.000 € solicitados. Tal planteamiento fue acogido por la Audiencia Provincial que excluyó a los insultos de la cobertura de la libertad de expresión, y juzgó la indemnización ajustada a los criterios del artículo 9.3 LOPDH. El demandado interpuso recurso de casación por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información reconocidos en los artículos 20.1, letras a) y d), de la Constitución Española, ambos en relación con el artículo 53 de la misma. Además, alegó infracción de los criterios legalmente previstos para la fijación de la indemnización (art. 9.3 LOPDH). El Alto Tribunal realiza un reco-

rrido sobre la jurisprudencia existente sobre la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a las libertades de expresión e información, y la necesaria toma en consideración de las circunstancias concurrentes para resolver el conflicto, tras lo que concluye sobre la falta de amparo del insulto en las referidas libertades, y asume la instancia para fijar la indemnización en la cantidad de 6.000 € con fundamento en la facilidad del político para acceder a los medios de comunicación y en la falta de especial intensidad de la ofensa (*F. S. N.*)

3. Derecho al honor, intimidad personal y propia imagen. Conflicto con libertad de información. Prevalece esta última dado el interés público de su contenido.—La prevalencia de la libertad de información es evidente, porque tanto los reportajes de A3 como los correos y la web de RPS, incluyendo las imágenes, tenían por finalidad esencial denunciar una actividad de licitud dudosa del Sr. C. y de su empresa que podía entrañar riesgos, tanto directamente para la salud pública, por sospecharse que una persona sin la titulación adecuada en medicina o cualquier otra ciencia de la salud estaba ofreciendo sus servicios retribuidos como sanador o especialista en terapias alternativas sin base científica alguna, como relacionados con la propia influencia negativa en la libertad individual de los posibles clientes, en la medida en que también se sospechaba que el supuesto terapeuta podía estar sirviéndose de conductas de dominio o de control propias de muchas sectas.

Veracidad de la información. Basta con que se contraste la noticia con unas fuentes objetivas.—La veracidad de la noticia, tal como tiene declarado el Tribunal Supremo, no equivale a una exactitud total sino que se corresponde con el deber del informador de contrastar previamente la noticia mediante fuentes objetivas, fiables, identificables y susceptibles de contraste, que aporten datos conducentes a que el informador alcance conclusiones semejantes a las que podría alcanzar cualquier lector o espectador medio a partir de los mismos datos, y todo ello al margen de la forma elegida para su comunicación y sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTS de 20 de mayo y 1 de junio de 2016, que a su vez citan la doctrina del Tribunal Constitucional).

Información obtenida con el empleo de la técnica de cámara oculta. Doctrina jurisprudencial. Licitud de la difusión si lo justifica el interés público de la información obtenida.—La jurisprudencia declara, en síntesis, que el empleo de la cámara oculta se caracteriza porque las personas cuya actuación es grabada se comportan con una naturalidad que en otro caso no tendrían; que la autorización al periodista para entrar en el lugar de trabajo del sujeto afectado no puede ser interpretada como consentimiento a la grabación y menos aún a la difusión de lo grabado; que la intimidad no está necesariamente condicionada por el lugar; y en definitiva, que en estos casos hay intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen porque se priva al sujeto afectado de su derecho a decidir. No obstante, se admite que el uso de la cámara oculta pueda ser legítimo cuando lo justifique el interés público en el conocimiento de los hechos y ese medio sea imprescindible para obtener la información y, además, proporcionado para que la lesión de los derechos fundamentales sea la menor posible (STS de 29 de abril de 2014, y las que en ella se citan). Por su parte, el Tribunal Consti-

tucional tiene declarado que, aun cuando la información hubiera sido de relevancia pública, los términos en que se obtuvo y registró, mediante el uso de una cámara oculta, constituyen en todo caso una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen, descartando que la intromisión en la intimidad desaparezca por el carácter accesible al público de la parte de una vivienda dedicada a consulta. En síntesis, considera que, con independencia de la relevancia pública de la información que se pretenda obtener y difundir, la captación videográfica incontestada de imágenes mediante la utilización de cámaras ocultas para su posterior difusión, también incontestada, en que aparezca plenamente identificado el afectado, no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE], al existir, con carácter general, métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional (STC 12/2012, de 30 de enero y STC 74/2012, de 16 de abril). (STS de 23 de noviembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Doña C., madre de C. y J., entró en contacto con don G., presidente de la asociación RPS, dedicada a la prevención y denuncia de actividades sectarias, al que trasladó sus sospechas de prácticas ilícitas a cargo de don C y su empresa HS, S.L., que al parecer se hacía pasar por terapeuta y *coach*, y que podría estar utilizando técnicas de extorsión emocional y económica sobre sus hijos. Don G. se puso en contacto con los periodistas R. y J.F. quienes, a la vista de la información suministrada por el presidente de la asociación, decidieron llevar a cabo un reportaje a través de la técnica de cámara oculta, para lo que se presentaron en el despacho profesional del investigado y realizaron diversas grabaciones haciéndose pasar por eventuales clientes y obteniendo de aquél determinadas declaraciones. Los reportajes fueron emitidos en sendos programas de televisión de la cadena A3M, acusándose en ellos al sujeto investigado de intrusismo en el ámbito médico y de conductas claramente contrarias a la ética profesional. De tales reportajes se publicó información también en las páginas web del canal de televisión y de la asociación de don G. A consecuencia de tales difusiones, don C. como afectado presentó demanda por vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a su propia imagen contra la mercantil A3M, contra don G. y contra la asociación RPS. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó exclusivamente a la compañía audiovisual al pago de una indemnización en cuantía inferior a lo pedido por el actor. La Audiencia Provincial de las Islas Baleares estimó los recursos de apelación tanto de la parte demandante como demandada y consideró que se había producido una intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad y propia imagen del actor, tanto por la cadena de televisión como por la asociación y su presidente. Sin embargo, la cuantía de las indemnizaciones fue sensiblemente inferior a lo solicitado en la demanda. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los demandados.

NOTA.—La presente decisión vuelve a poner de manifiesto la falta de coincidencia entre la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y la emanada del Tribunal Constitucional en relación con la información obtenida a través del uso de la cámara oculta. Falta de coincidencia de la que se hace eco el Alto Tribunal en sus fundamentos jurídicos, y que ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por la doctrina (v. a modo de ejemplo, LLAMAS POMBO, E. «Daño derivado de reportaje con cámara oculta», *RPD* (2012), núm. 102, pp. 4-5; NAVARRO MARCHANTE, V. J. La utilización de cámaras ocultas por los periodistas: una aproximación a la situación en España, *Dilemata* (2014), núm. 14, pp. 99-119). Así, frente a una casi absoluta proscripción de esta técnica, como método para la obtención de información, en la doctrina constitucional (en palabras del propio Tribunal Constitucional, «lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta)» (STC 12/2012), el Tribunal Supremo admite la posibilidad de validar la intromisión si este método resulta proporcionado al interés general de los hechos registrados. Sin embargo, la Alta Magistratura constitucional insiste constantemente en que, con independencia de la relevancia pública de la información que se pretende obtener y difundir a través de esta técnica, la misma no es necesaria ni adecuada desde la perspectiva del derecho a la libertad de información *ex* artículo 20.1, d) CE. Pues en estos conflictos entre libertad de información y derechos de la personalidad no se juzga la veracidad de dicha información, ni tampoco el interés público o general de la misma. Por el contrario, lo que se tacha de inaceptable es, precisamente, la manera de obtener tal información y que la forma en la que fue obtenida haya sido divulgada (VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el empleo de «cámaras ocultas». *Derecom* (2012), núm.10, pp. 21-26). (*L. A. G. D.*)

4. Capacidad de la persona: modificación. Legitimación del Ministerio fiscal.—El Ministerio fiscal está legitimado siempre para promover la modificación de la capacidad de la persona: no sólo en caso de inexistencia de los familiares a que se refiere el artículo 757.1 LEC-2000, sino también en el caso de que estos no lo hubieran solicitado. También, se admite la facultad de cualquier persona para poner en conocimiento del Ministerio fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación (art. 753 LEC-2000). Pero la legitimación, en este caso, corresponde al Ministerio fiscal, y no a cualquier persona.

Capacidad del presunto incapaz para promover su procedimiento de incapacitación y para comparecer en él.—El presunto incapaz puede promover la limitación de su capacidad de obrar (art. 757.1 LEC-2000). Además, puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación (art. 758.1 LEC-2000), porque mientras no se haya declarado la incapacitación conforme al artículo 199 CC el demandado se encuentra en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 7.1 LEC-2000) y hay que darle por tanto la posibilidad de que pueda personarse y actuar como parte.

Posibilidad del presunto incapaz y de su defensor judicial de comparecer simultáneamente en el procedimiento de incapacitación promovido por el Ministerio fiscal.—Aunque el promotor del procedimiento sea el Ministerio fiscal, el nombramiento de un defensor judicial no debe excluir la comparecencia del presunto incapaz con su propio abogado cuando esa sea su voluntad, pues en otro caso se vulnera su derecho de defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), según ha declarado la STC 7/2011, de 14 de febrero.

Nombramiento del cargo de defensor judicial: posibilidad que sea una persona jurídica.—El artículo 300 CC y el artículo 30.2 Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, atribuyen al letrado de la Administración de Justicia gran libertad a la hora de escoger a la persona que va a desempeñar el cargo de defensor judicial. No se establece un orden de prelación, ni hay remisión a las normas que lo establecen para el nombramiento de tutor. Tampoco se exige motivación alguna, aunque naturalmente, para valorar la idoneidad el letrado de la Administración de Justicia debe atender al beneficio del menor o incapaz. No existe inconveniente alguno en nombrar defensor judicial a una persona jurídica que no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (art. 242 CC).

Determinación de la extensión y límites a la capacidad de obrar y el consiguiente régimen de tutela o guarda: Aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.—Deberá fijarse exclusivamente con las medidas adecuadas y necesarias para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias, conforme a la citada Convención, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008 y que opta por un modelo de *apoyos* para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad.

La práctica de la prueba en los procesos de incapacitación.—Deberá estar sujeta a unas reglas especiales, recogidas en los capítulos primero y segundo, del Título Primero, del Libro IV de la LEC-2000, que deben ser interpretadas de conformidad con *la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006* (STS de 13 de mayo de 2015). En estos procedimientos el juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia. Aunque, como dice la STS de 10 de febrero de 1986, la ley exige varias pruebas, precisamente por ello, el juez no estaría vinculado por los criterios médicos, pues la incapacidad, a efectos civiles, no emana de lo que merezca tal consideración en el aspecto estrictamente médico, sino simplemente de que *exista en una persona, ... una enfermedad que le impida gobernarse por sí misma*.

La prueba de la exploración judicial en la incapacitación.—Entre las pruebas legales previstas, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia, ya que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (STS de 1 de julio de 2014). La exploración judicial, busca que el Juez o Tribunal no describan hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, sino que emitan una opi-

nión con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir (STS de 20 de febrero de 1989).

Valor de la opinión de los parientes de un presunto incapaz en el procedimiento para su incapacitación.—Es una garantía legal de la persona con discapacidad, en la medida en que puede permitir conocer la situación real y los apoyos con los que en su caso cuenta la persona en su propio entorno (STC 174/2002, de 9 de octubre).

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, establece un sistema de apoyos a estas personas.—Este sistema está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención (STS de 16 de mayo de 2017). (STS de 8 de noviembre de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.ª Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El fiscal, a instancia de un vecino de la demandada con el que ésta tenía malas relaciones, interpuso demanda de juicio especial para la limitación de la capacidad de obrar y sometimiento a tutela de doña Elsa (demandada), nacida en 1977 y diagnosticada con esquizofrenia paranoide en 2006. Dada la falta de comparecencia de doña Elsa en la primera instancia (lo haría después en la apelación), se nombra defensor judicial al Instituto Tutelar de Bizkaia.

La sentencia de primera instancia declaró plenamente modificada la capacidad de doña Elsa, en las esferas personal y patrimonial de su vida y designó como tutor al Instituto Tutelar de Bizkaia, bajo la vigilancia del Ministerio fiscal. La audiencia resuelve, por su parte, que la demandada padece limitaciones de capacidad en su esfera personal y patrimonial, precisando que tiene plenamente modificada su capacidad en todo relativo a los temas de su salud, limitada su capacidad en los actos y actuaciones de trascendencia y elaboración intelectual, por lo que precisa de medidas de supervisión y apoyo, y que tiene plena capacidad para la realización de actividades instrumentales y cotidianas de la vida. El Tribunal Supremo dio lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por doña Elsa y, en consecuencia, modificó su capacidad de obrar en el sentido siguiente: la limitación queda referida básicamente en la esfera personal al ámbito médico-sanitario. Para complementar su capacidad se le nombró un curador, que fue el Instituto Tutelar de Bizkaia. (I. D.—L.)

5. Títulos nobiliarios: no cabe aplicar criterios de estricta constitucionalidad en su desarrollo.—Ya que el título nobiliario consiste en una institución que, en su origen, ha quedado al margen de la Constitución por significar en sí misma una desigualdad que únicamente puede subsistir por su carácter meramente simbólico (STS de 8 de marzo de 2016).

Necesidad de respetar la Carta de concesión del título nobiliario.—Dado que el título se fundamenta en la voluntad real al concederlo y dispone

cómo se ha de producir la sucesión, sin que pueda válidamente traerse a colación el carácter anacrónico del sistema establecido para la sucesión, pues la misma calificación podría atribuirse a la propia existencia del título según la doctrina del Tribunal Constitucional. Por tanto, al no establecer la Carta de concesión, que además contempla incluso la enajenación del título a terceros, que la sucesión sea entre descendientes *legítimos* no hay razón para exigirla.

Aplicación del principio de propincuidad en la sucesión del título nobiliario.—Cuando se trata de sucesión en la línea colateral respecto del último poseedor legal del título nobiliario rige el principio de propincuidad o de mayor proximidad de grado sin que resulte de aplicación el derecho de representación.

Imposibilidad de acreditar el parentesco con el fundador del título mediante certificaciones del Registro Civil: Consecuencias.—Es una prueba inalcanzable cuando dicho título fue otorgado, como en el presente caso, en el año 1569. La aceptación de dichas certificaciones supondría el no poder discutir un mejor derecho al título por parte de quien obtuvo su rehabilitación o de quienes de él traigan causa. (STS de 22 de noviembre de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El título nobiliario de Marqués, fue una merced otorgada por el Rey Felipe II el 31 de octubre de 1569 a don Carmelo. Al fallecer este último, el título quedó abandonado y sin poseedor hasta que fue rehabilitado a su favor, sin perjuicio de tercero, por doña Maite por Real Carta de 30 de mayo de 1984, a la que le sucedió, tras su fallecimiento, su hijo, el demandado don Epifanio, por Real Carta de 1 de septiembre de 2006.

Con anterioridad al presente proceso instado por don Imanol, su hermano don Gervasio presentó demanda en la que solicitaba pretensión sobre el expresado título. El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación presentado por el actor. Estas resoluciones apreciaron la falta de legitimación activa del hijo del fallecido —inicial demandante— don Gervasio, para sustituirle procesalmente en el sostenimiento de dicha pretensión.

Fallecido don Carmelo, no se solicitó la sucesión en el título, por lo que éste caducó. Fue don Serafín, abuelo del demandado, quien solicitó, mediante escrito de 4 de marzo de 1927 su rehabilitación. Dicho expediente quedó suspendido, por causa de la instauración de la II República, hasta que don Serafín lo reanudó mediante instancia de fecha 28 de enero de 1949. Antes de la conclusión del mencionado expediente falleció don Serafín, por lo que su hija, doña Maite, madre del demandado, solicitó sustituir a su padre en dicho expediente.

Con fecha de 30 de mayo de 1984, como ya quedó señalado, se expide Real Carta de Rehabilitación a favor de doña Maite y, a su fallecimiento, sucede en la merced su hijo don Epifanio, que es el actual poseedor de la merced por Real Carta de Sucesión de 1 de septiembre de 2006 y demandado y recurrente en el presente pleito.

Con fecha 9 de julio de 2013, don Imanol y don Martín, demandaron a don Epifanio en ejercicio de las varias acciones acumuladas en relación de subsidiariedad. Así don Imanol ejercita, como acción principal, la acción declarativa de su mejor y preferente derecho

genealógico a ostentar, poseer, usar y disfrutar el mencionado título nobiliario; y, subsidiariamente, para el supuesto de que aquél falleciera durante la tramitación del proceso, interviene don Martín, su hijo, en ejercicio de igual acción frente al demandado. No obstante, este último quedó fuera del proceso al considerar el juzgado que carecía de legitimación.

La demanda se fundamentaba en que el demandante don Imanol es pariente por consanguinidad en línea colateral del fundador del título en grado 15.º, mientras que don Epifanio lo es tan sólo en grado 26.º. Se sostiene por ello que el demandante tiene un mejor y preferente derecho genealógico a poseer el título en virtud del principio de propinquidad o de proximidad de grado que rige en la línea colateral para la sucesión en los títulos nobiliarios.

Su demanda no se estima en primera instancia; en cambio, sí fue acogida por la audiencia, al reconocer mejor derecho al demandante para ostentar el título. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (*I. D.-L.*)

6. Doctrina del levantamiento del velo por abuso de la personalidad societaria.—De conformidad con lo ya manifestado en la STS de 29 de septiembre de 2016, el Tribunal Supremo señala que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo requiere la concurrencia de un aspecto subjetivo de concertación, tendente a lograr el fraude; o, lo que es lo mismo, que debe existir un velo, entendido como ocultación fraudulenta, que sea objeto de levantamiento.

Difícilmente puede hablarse de fraude cuando la otra parte contratante conocía el carácter instrumental de la sociedad al tiempo de contratar y, pese a ello, aceptó los riesgos que podían derivarse de la operación. (**STS de 14 de diciembre de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La empresa Gama S.L. (Gestión Agropecuaria y Medioambiental de los Alcornocales S.L.), entidad económicamente dependiente del Ayuntamiento de la Villa de Los Barrios, celebró tres contratos de préstamo mercantil con Barclays Bank S.A., por importes de 10.818.217,88, 3.000.000 y 300.000 euros. Llegadas las fechas de vencimiento de cada uno de los préstamos, Gama S.L., la sociedad prestataria, no reembolsó las cantidades debidas. Tras el impago se suscribió una ampliación del préstamo, comprometiéndose el Ayuntamiento a aportar una garantía solidaria, que finalmente no llegó a aportar. Posteriormente, la sociedad fue declarada en concurso de acreedores y se inició una causa penal para dirimir las responsabilidades del alcalde y los concejales en la administración de la sociedad municipal. Barclays Bank S.A. interpone demanda de juicio ordinario contra el Ayuntamiento, solicitando que se le condene al pago de 11.385.303 euros más los intereses de demora.

El Juzgado de Primera Instancia, por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, entiende que las deudas de Gama S.L. son directamente exigibles al Ayuntamiento, por lo que estima la demanda y condena a éste a abonar 11.385.203 euros más los inte-

reses legales al demandante. El Juzgado llega a esta conclusión tras constatar que la sociedad estaba íntegramente participada por el Ayuntamiento, siendo éste el único socio de la entidad. Además, respecto de los contratos de préstamo suscritos por la sociedad con Barclays Bank S.A., señala el Juzgado que llegaron a preverse fórmulas de aseguramiento por parte del Ayuntamiento y destaca también la confusión de patrimonios, dado que el dinero se ingresó directamente en la cuenta del Ayuntamiento. Por su parte, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia de la instancia. Entiende la Audiencia que el verdadero beneficiario de las operaciones era el Ayuntamiento y señala la existencia de una evidente instrumentalización de la sociedad, que fue creada para ocuparse de funciones propias de la Administración Local y, pese a no tener patrimonio, se la comprometió a concertar el préstamo para hacer frente a las deudas del Ayuntamiento. El órgano soberano de la sociedad, de conformidad con sus estatutos, era la Corporación Municipal, el Consejo de Administración estaba presidido por el Alcalde-Presidente y como domicilio social se fijó la misma dirección del Ayuntamiento. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casa y anula la sentencia de la Audiencia y, estimando el recurso de apelación interpuesto por el demandado, revoca la sentencia de la instancia. (V. N. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Concepto de consumidor. Contratación fuera del marco de la actividad profesional.—El concepto de consumidor, establecido en el artículo 3 TRLGCU, y que procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU, identifica como consumidor, persona física, a quien actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. La definición de consumidor ha evolucionado en la jurisprudencia, tendiendo a ampliarse o, por lo menos, a contextualizarse de manera más amplia. En este sentido, se ha hecho una interpretación más flexible al aplicar la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El TJUE ha objetivado el concepto de consumidor, por ejemplo, en la STJUE 3 de septiembre de 2005 (caso Costea), de modo que lo relevante no son las condiciones subjetivas del contratante, sino si la operación se lleva a cabo en el marco de su actividad profesional. Por su parte, el Tribunal Supremo sigue la jurisprudencia del TJUE y utiliza un concepto de consumidor referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, entre otras, en las sentencias de 10 de marzo de 2014, 7 de abril de 2014, 15 de diciembre de 2015, 3 de junio de 2016, 16 de enero de 2017 o 5 de abril de 2017.

Condiciones generales de la contratación: La buena fe como parámetro de interpretación en contratos celebrados entre profesionales.—La LCGC se remite en materia de contratos entre profesionales a las normas

contractuales generales. Deben, pues, tenerse en cuenta los artículos 1258 CC y 57 CCo, que obligan al cumplimiento de las obligaciones que deriven de los contratos válidamente celebrados, siempre que sean conformes a las exigencias de la buena fe. Así, la buena fe contractual se configura como una norma modeladora del contenido del contrato, capaz de expulsar determinadas cláusulas que causen un desequilibrio en la posición contractual del adherente, lo que sucede cuando se modifica subrepticamente el contenido que este se habría podido representar.

Si bien es posible que una cláusula resulte nula cuando comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que pudiese tener el adherente, también debe tenerse en cuenta que el régimen de protección del adherente no consumidor no tiene la misma intensidad que la protección dispensada al consumidor. (**STS de 7 de noviembre de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Don Alfonso y doña Begoña suscribieron en 2010 un contrato de préstamo hipotecario con Novagaliciabanco, S.A., por importe de 246.000 euros, a devolver en 35 años. La finalidad del préstamo era unificar las deudas contraídas por don Alfonso en ejercicio de su actividad empresarial, como fiador de una sociedad de responsabilidad limitada. El interés remuneratorio durante el primer año era del 5,15 %, mientras que para el segundo y sucesivos años, se estableció un interés variable, calculado anualmente mediante la adición de 1,50 puntos al valor del Euribor. Asimismo, se incluyó una cláusula limitativa de la variabilidad del tipo, en virtud de la cual, en ningún caso el interés aplicable sería inferior al 4,95 % ni superior al 15 %.

Don Alfonso y doña Begoña, interponen en 2014 demanda de juicio ordinario, en la que solicitan que se declare nula la cláusula «suelo-techo» por error vicio del consentimiento o, subsidiariamente, que se declare nula por abusiva, pues causa un importante desequilibrio contrario a la buena fe. La demanda es desestimada en las tres instancias. No se considera un contrato celebrado con consumidores porque no tiene tal condición quien suscribe un contrato en el marco de una refinanciación de deudas que son consecuencia de su actividad empresarial, como era el caso de don Alfonso. A la misma conclusión se llega respecto de doña Begoña, ya que no era ajena a las deudas que se refinanciaron con el préstamo hipotecario, sino que debía responder de ellas conforme a los artículos 6 y 7 CCo. Tampoco se aprecia la concurrencia de un error vicio del consentimiento, ni la existencia de un desequilibrio, abuso o vulneración de la legítima expectativa de los adherentes. (*V. N. C.*)

8. Control de abusividad en contratos con consumidores.—La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, posteriormente modificada por la Directiva 2011/83/UE, establece un listado meramente indicativo de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. En el derecho interno se ha optado por un mayor rigor en el control de la abusividad al establecerse en los artículos 85 a 90 TRLGCU un sistema de lista única, pero no cerrada, enumerándose una serie de cláusulas que en todo caso tienen la consideración de abusivas. El

modo metodológicamente más adecuado de efectuar el control de abusividad requiere analizar en primer lugar si la cláusula se encuadra en alguno de los supuestos tipificados, y solo subsidiariamente analizar su abusividad con carácter general (SSTS de 15 de abril de 2014 y 21 de enero de 2016).

Cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Vinculación del contrato a la voluntad del empresario.—El artículo 82.4.a) TRLGCU establece la nulidad de las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario y el artículo 85.11 TRLGCU la de aquellas que concedan al empresario el derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato. Estas disposiciones tienen una evidente conexión con los artículos 1256, 1091 y 1115 CC, que impiden que la validez y el cumplimiento de las obligaciones contractuales quede al arbitrio de una de las partes. Al riesgo de arbitrariedad se une en los contratos con consumidores la disminución de la tutela de la contraparte, lo que a su vez se vincula con los artículos 86 y 87 TRLGCU, referidos a las cláusulas que resultan abusivas por limitar derechos básicos del consumidor y por falta de reciprocidad, respectivamente. (STS de 20 de septiembre de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La mercantil El Mobiliario Urbano S.L.U., suscribió un contrato administrativo con el Ayuntamiento de Valencia por el que se obligó a poner a disposición del público 2.500 bicicletas en los correspondientes soportes ubicados en las vías urbanas de la ciudad. La concesionaria del servicio de transporte público fijó las condiciones generales de acceso y utilización de las bicicletas en su página web, siendo necesaria la aceptación de dichas condiciones para poder darse de alta como usuario del sistema.

El Ministerio Fiscal interpone demanda de juicio verbal contra la mercantil El Mobiliario Urbano S.L.U. en la que solicita la declaración de nulidad de tres cláusulas, contenidas en las mencionadas «Condiciones Generales de Acceso y Utilización del sistema Valenbisi». La primera de las cláusulas impugnadas (art. 5.4) se remitía, en caso de controversia sobre el periodo máximo de utilización autorizada de la bicicleta, a los datos del servidor informático del cedente. La segunda cláusula (art. 9.2) establecía que el retraso superior a 24 horas en la devolución de la bicicleta, se consideraba desaparición y, por tanto, permitía al cedente ejecutar la fianza o imponer las correspondientes sanciones al usuario. En virtud de la tercer cláusula impugnada (art. 11), se eximía al cedente de toda responsabilidad por los vicios ocultos de las bicicletas que estuviesen ligados a su fabricación.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declara la nulidad de las tres cláusulas y condena a la demandada a eliminarlas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por El Mobiliario Urbano S.L.U., y deja sin efecto la declaración de nulidad relativa a la cláusula 5.4, que se remitía a los datos del servidor informático del cedente en caso de controversia. Argumenta la Audiencia que dar valor a lo que resulte del sistema informático no es abusivo, en la medida en que se trata de la forma más sencilla de probar el tiempo de uso de las bicicletas y constituye una mera presunción *iuris tantum*. Junto a dicha presunción, se prevén mecanismos de comproba-

ción y acreditación del tiempo de uso, como la existencia de una indicación sonora de confirmación del correcto anclaje de la bicicleta, la opción de imprimir un comprobante tras la devolución y la posibilidad de verificar los datos de utilización en la página web. Dado que la cláusula 5.4 no impone un medio de prueba inatacable por el usuario, no deja al arbitrio del predisponente la determinación del cumplimiento o incumplimiento contractual. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por Ministerio Fiscal y confirma la sentencia de la Audiencia. (V. N. C.)

9. Requisitos de las condiciones generales de la contratación.—Los requisitos que deben concurrir para estar ante una condición general de la contratación son los siguientes. En primer lugar, la contractualidad. Se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del cumplimiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. En segundo lugar, la predisposición, que significa que la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros. Lo importante es que no haya sido fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En tercer lugar, su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes —aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento de esa cláusula. En cuarto lugar, las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. A estos efectos, resulta irrelevante: 1) su autoría material; 2) su apariencia externa o su extensión; 3) que el adherente sea un profesional o un consumidor.

Respecto al conocimiento y consentimiento de las condiciones generales de la contratación, la jurisprudencia ha establecido las siguientes conclusiones: a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario, pues el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido; b) no constituye negociación la posibilidad de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario o incluso de distintos empresarios; c) la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

En lo que atañe al requisito de la predisposición, lo determinante es que las cláusulas hayan sido redactadas antes de la celebración del contrato, a cuyo efecto resulta indiferente el formato o soporte en que estén recogidas (documento impreso o archivo informático, entre otros), así como que el predisponente sea o no su autor material, pues es suficiente con que las utilice. Así, el sujeto que predispone no necesariamente será el sujeto denominado legalmente como «predisponente» en la relación contractual, sino que lo será quien incorpore las cláusulas predisuestas al contrato. Si la ley exigiera que, para poder aplicar la normativa protectora, el predisponente debiera ser el autor material del contenido contractual, a éste le sería fácil eludir el régimen legal de condiciones generales mediante el encargo de la redacción a un ter-

cero. (STS de 29 de noviembre de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—A, R, F y G se subrogaron en un préstamo hipotecario concedido por CC al promotor de las viviendas que adquirieron, entre cuyas condiciones generales se encontraba una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio con un mínimo del 3% y un máximo del 8%. Las viviendas se construyeron al amparo del Plan de Viviendas de la Junta de Extremadura 2004/2007, a resultas del cual se suscribió un convenio entre la Administración autonómica y CC, en el que se establecieron las condiciones contractuales marco con la entidad bancaria, para la financiación de la construcción y la venta de las viviendas. Entre las estipulaciones del convenio marco se encontraba la posibilidad de incluir una cláusula suelo.

Los prestatarios interpusieron una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitaron la nulidad de la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés y la restitución de las cantidades cobradas por su aplicación. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, declarando la nulidad de las cláusulas litigiosas y ordenando la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde la interposición de la demanda.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso planteado por CC, con los siguientes argumentos: a) aunque la cláusula estuviera previamente incluida en un acuerdo marco con la Administración, ello no implica que no sea una condición general de la contratación; b) una vez que fue incorporada a un contrato privado con consumidores, queda sometida a su normativa propia; c) la subrogación del consumidor en un contrato previamente concertado por el promotor no libera a la entidad financiera de sus obligaciones de información y transparencia contractual.

En casación, el Alto Tribunal desestima el recurso. Señala que no puede prosperar la alegación de la recurrente de que la cláusula suelo, al provenir de un convenio celebrado con la Administración, no tenga la cualidad legal de condición general de la contratación. Es irrelevante a estos efectos la autoría material de la cláusula, pues lo importante es su utilización e incorporación a una serie de contratos. Apunta el Tribunal Supremo que tampoco puede aceptarse que la imposición viniera determinada por la Administración, porque el convenio suscrito entre la Agencia Extremeña de la Vivienda y Caixa Catalunya tenía por objeto establecer los términos de colaboración entre la Junta de Extremadura y las Entidades de Crédito en orden a la financiación de las promociones, adjudicaciones y adquisiciones de las viviendas de nueva construcción. Nada impedía que ofrecieran condiciones más ventajosas. Ni el Decreto 33/2006, de 21 de febrero, de modificación y adaptación del Plan de Vivienda y Suelo de Extremadura 2004-2007, ni el Convenio de 12 de diciembre de 2006 obligaban a Caixa Catalunya a incluir la cláusula suelo, ya que establecían unas condiciones marco que la entidad financiera, como predisponente, podía haber modificado para ofrecer mejores ventajas a los compradores.

NOTA.— Sobre los requisitos de las condiciones generales de la contratación, *vid.* las SSTS de 18 de junio de 2012 y de 9 de mayo de 2013. (*S. L. M.*)

10. La acción directa del artículo 1597 CC ejercitada por un subcontratista frente al comitente impide que éste quede liberado mediante el pago posterior al contratista principal.—Se reitera la jurisprudencia contenida, entre otras, en la STS de 15 de febrero de 2017, según la cual, la tutela que el artículo 1597 CC dispensa al subcontratista se proyecta en el deber del comitente de abstenerse de realizar el pago liberatorio al contratista principal si previamente el subcontratista le ha requerido judicial o extrajudicialmente el pago de la deuda contraída por el contratista en la ejecución de la obra.

Ámbito de aplicación de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales.—Los supuestos controvertidos de pago a terceros no pueden ser asimilados a la morosidad que es objeto de regulación en la LLCM. En el mismo sentido que la STS de 8 de marzo de 2017, se indica que la morosidad se valora respecto del retraso en el pago regular de deudas dinerarias en operaciones comerciales realizadas entre empresas por los contratos suscritos, y sin extensión a otros supuestos de distinta índole. (**STS de 23 de noviembre de 2017**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Pacadar S.A.U suscribió un contrato de suministro y montaje de vigas y placas de encofrado con la entidad UTE Variante Alcañiz, contratista principal de la obra de la que era comitente el Ministerio de Fomento. Ante el impago de una factura por la entidad contratista, Pacadar S.A.U reclamó extrajudicialmente al Ministerio el pago de la deuda (310.132,20 euros) o, en su caso, la retención del pago de las certificaciones pendientes al contratista principal. El Ministerio desestimó la reclamación y Pacadar S.A.U interpuso demanda de juicio ordinario. Con posterioridad a la interposición de la demanda, el Ministerio procedió al pago pendiente con la contratista, UTE Variante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda porque considera aplicable la Ley 24/2011, de Contratos del Sector Público. La Audiencia Provincial, en cambio, niega que la citada normativa sea de aplicación porque el expediente de contratación se inició antes de su entrada en vigor. No obstante, la Audiencia confirma la sentencia de la instancia porque la demandada había satisfecho la totalidad del precio a la empresa contratista. Recurrida esta sentencia en casación, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso y condena al Ministerio al pago de 310.132,20 euros y los intereses legales. (*V. N. C.*)

11. La obligación de información en los préstamos hipotecarios multidivisa.—Las cláusulas que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación

de pago del capital prestado por parte del prestamista, como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores. Es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, y que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. Se exige una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa.

Pero solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato. Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización. La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe.

La posibilidad de cambio de divisa, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario. Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato.

En estos casos, habrá que proceder a declarar la nulidad parcial del contrato, con la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del

préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros. La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente. (STS de 15 de noviembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—JA y C concertaron con BB un préstamo con garantía hipotecaria con una duración de 28 años. La escritura fue redactada conforme a la minuta facilitada por BB, que añade que contiene condiciones generales de la contratación. BB no facilitó información por escrito a los prestatarios con carácter previo a la suscripción del préstamo. En concreto, no les facilitó folleto informativo ni oferta vinculante. La comercial de BB que les atendió en la tramitación del préstamo carecía de los conocimientos necesarios para explicar adecuadamente la naturaleza y riesgos del producto ofertado porque no había recibido la formación necesaria para dar esas explicaciones. El préstamo se calificó como préstamo multimonedado con garantía hipotecaria y se concedió para refinanciar un préstamo hipotecario y un préstamo personal que los prestatarios habían concertado con anterioridad en euros. El importe del préstamo se fijó en yenes japoneses y el contravalor en euros. En un determinado momento, debido a las fluctuaciones del mercado, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar alcanzó una cantidad que suponía un incremento del 55% sobre la cuantía inicial. Ante la incapacidad de los demandantes para hacer frente al pago de las cuotas, las partes iniciaron una negociación para modificar los términos del préstamo hipotecario, pero no fructificaron en un acuerdo definitivo. En un momento determinado, BB formuló demanda de ejecución hipotecaria contra los actores, con base en la hipoteca constituida en garantía del préstamo multidivisa, que dio lugar a un procedimiento donde se despachó ejecución.

Los prestatarios interpusieron demanda contra BB, solicitando la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y al cambio de divisa. Alegan que la cláusula multidivisa vulnera el TRLGDCU porque no cumple los requisitos de concreción, claridad, sencillez, respeto al equilibrio y buena fe, y conlleva la asunción ficticia de los riesgos inherentes al producto. El Juez de Primera Instancia estimó la pretensión de nulidad parcial por los siguientes motivos: a) el índice de referencia (Libor) era casi desconocido para un cliente minorista por su escasa trascendencia en nuestros medios de comunicación; b) el riesgo de fluctuación de la moneda es un riesgo esencial con un impacto económico importantísimo sobre la vida del contrato; c) la información precontractual escrita fue inexistente; d) los contenidos referidos a la opción multidivisa no superaban el control de transparencia y debían reputarse nulos por abusivos; e) la existencia de error del consentimiento prestado por los demandantes y dolo omisivo por la entidad bancaria.

BB interpone recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, en base a las siguientes consideraciones:

1) el préstamo hipotecario con cláusula multidivisa en una moneda extranjera no puede conceptuarse como un instrumento o derivado financiero de los contemplados en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores, pues no es un valor negociable; 2) el doble riesgo, derivado de la fluctuación de la moneda y de la variación del tipo, puede ser paliado o incluso mitigado con la posibilidad ofrecida al prestatario en el propio contrato de modificar su clausulado u optando en el plazo previsto por cualquiera de las divisas pactadas; 3) la regla *pacta sunt servanda*.

Los actores recurren en casación, reproduciendo las alegaciones formuladas en primera instancia. El Tribunal Supremo estima el recurso, señalando que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia, previsto en los artículos 60.2, 80.1 y 82.1 TRLGDCU, porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos. Por tanto, el Alto Tribunal confirma la sentencia dictada en primera instancia, declarando la nulidad parcial del contrato, eliminando las referencias a la denominación en divisas del préstamo, y quedando un préstamo concedido y amortizado en euros.

NOTA.— Sobre el control de transparencia en los préstamos hipotecarios multidivisa, *vid.* las sentencias del TJUE de 11 de septiembre de 2008 (asunto C-279/06), de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13) y de 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16). En relación con el control de transparencia en general, *vid.* las SSTs de 22 de diciembre de 2009, 9 de mayo de 2013, 9 de marzo de 2017 y 8 de junio de 2017. Sobre los riesgos de este tipo de préstamos hipotecarios, *vid.* la STS de 30 de junio de 2015. (S. L. M.)

12. Condiciones generales de la contratación. Requisitos.—Las características que debe reunir una cláusula para tener la consideración de condición general, y que pueden deducirse de la exégesis del artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, fueron puestas manifiesto por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Estos requisitos son: (i) Contractualidad, pues la cláusula debe haberse redactado para su inserción en un contrato, y no debe ser la consecuencia del cumplimiento de una norma imperativa; (ii) Predisposición, lo que excluye aquellas que sean fruto del consenso alcanzado tras una fase de tratos previos, siendo irrelevante que haya sido prerredactada por la parte predisponente o por terceros; (iii) Imposición, la incorporación de la cláusula debe ser impuesta por una de las partes que, debido a su vocación de generalidad, será un profesional o empresario; (iv) Generalidad, ya que constituyen modelos de declaraciones negociales destinados a disciplinar uniformemente una pluralidad de contratos. Desde el punto de vista negativo, para calificar como condición general de la contratación resultan irrelevantes circunstancias como la condición de profesional o consumidor del adherente, la apariencia externa de la cláusula, su extensión o la autoría material.

Condición general de la contratación relativa al objeto principal del contrato: Cláusula de interés moratorio en un préstamo hipotecario.—El Tribunal Supremo ha señalado, entre otras, en la STS de 29 de abril de 2015, que una cláusula en la que concurran los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad se configura como una condición general de la contratación, con independencia de que tenga por objeto la regulación de un elemento esencial del contrato. Una cláusula impuesta no deja de ser una condición general de la contratación por afectar a un elemento esencial, pues lo relevante es determinar si fue objeto de negociación individual.

En el caso de los contratos de préstamo hipotecario, es posible que la cláusula relativa a los intereses remuneratorios —que afecta al objeto esencial del contrato, puesto que regula el precio del mismo— sea una cláusula impuesta, esto es, no negociada individualmente. El Tribunal Supremo declara que conceptualmente no es imposible que en un contrato de préstamo la cláusula de interés remuneratorio sea una condición general de la contratación.

Condiciones generales de la contratación. No cabe identificar el carácter impuesto de la cláusula con una posición monopolística del predisponente.—Siguiendo lo expuesto en las SSTS de 9 de mayo de 2013 y 22 de abril 2015, el Tribunal Supremo reitera que el carácter impuesto de una cláusula prerredactada no queda excluido por el hecho de que el empresario hubiese formulado varias ofertas si todas ellas estaban estandarizadas conforme a cláusulas predispuestas. Tampoco es obstáculo para apreciar el carácter impuesto de una cláusula la existencia de otras alternativas en el mercado, de modo que no se identifica la imposibilidad de negociación con la existencia de una posición monopolística del predisponente.

Cláusula predispuesta de interés variable referenciado al IRPH.—El IRPH es un índice definido y regulado legalmente que, como tal, no puede ser objeto del control de transparencia, pues quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCGC las condiciones generales reguladas por una disposición legal o administrativa (art. 4). También la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, excluye en su preámbulo y en el artículo 1.2 las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias. Por tratarse de un tipo oficial, debe ser fiscalizado por los correspondientes organismos reguladores de la Administración. En cambio, sí debe controlarse que la cláusula que referencia el interés al IRPH esté redactada de forma clara y comprensible, y que sea transparente.

Control de transparencia. Cláusulas predispuestas sobre elementos esenciales en contratos con consumidores.—En contratos celebrados con consumidores, si la cláusula predispuesta afecta a elementos esenciales del contrato, además de aplicar el filtro de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), debe efectuarse un control de transparencia como parámetro abstracto de validez (SSTS de 8 de junio y 7 de noviembre de 2017). Cuando la condición general afecta a un elemento esencial, se exige un plus de información para asegurar que el adherente pudo comprender de forma sencilla la carga económica y jurídica del contrato, de modo que la cláusula no pase inadvertida para el consumidor por dársele indebidamente un tratamiento secundario.

Cláusula predispuesta de interés remuneratorio referenciado al IRPH en contratos con consumidores. Control de transparencia.—El control de transparencia exige que el consumidor tuviese conocimiento del modo de cálculo del interés remuneratorio y fuese consciente de que la cláusula

configuraba un elemento esencial del contrato. La información proporcionada debe ser suficiente para asegurar que el conocimiento por parte del consumidor del índice de referencia y el diferencial a aplicar, debiendo resultar comprensible que el interés del préstamo es el resultado de sumar el índice y el diferencial.

Cuando se utiliza un índice oficial, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer los sistemas de cálculo y comparar las condiciones ofrecidas por los distintos prestamistas. Por lo que respecta al interés referenciado en el IRPH, la transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige que el predisponente dé una información pormenorizada sobre el modo de cálculo, puesto que su elaboración estaba supervisada por el Banco de España, sino que resulta suficientemente ilustrativa una definición básica del IRPH como el «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito».

Tampoco es exigible, a efectos del control de transparencia, el ofrecimiento de distintos índices de referencia, las explicaciones sobre el funcionamiento y el comportamiento en años anteriores o el ofrecimiento de alternativas más favorables. En cualquier caso, el control debe referirse al momento de celebración del contrato, sin que sea procedente la realización de un juicio retrospectivo para valorar si otros índices, como el Euribor, habrían resultado más favorables. (**STS de 14 de diciembre de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Don Darío celebró en 2007 un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (actualmente Kutxabank S.A.) por importe de 250.000 euros y plazo de treinta y cinco años. Para el primer año se estableció un tipo fijo, del 4,250%, aplicándose para los periodos posteriores un interés variable, revisable cada seis meses, previsto en la cláusula tercera bis y calculado mediante la adición de 0,50 puntos al IRPH-Entidades. Para el caso de que dejase de publicarse el citado tipo de referencia, se referenció como índice sustitutivo el IRPH-Cajas. El interés de demora fue del 17,50% nominal anual, siendo el TAE resultante del 18,974%.

En 2014 don Darío interpone demanda contra Kutxabank S.A., solicitando que se declare la nulidad de las cláusulas tercera y sexta por las que se establecen respectivamente los intereses remuneratorios y de demora, y se condene a la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas.

El Juzgado de lo Mercantil estima íntegramente la demanda, declara la nulidad de las cláusulas por las que se fijaban el interés remuneratorio y el interés de demora, y condena a la entidad bancaria a abstenerse de utilizar en el futuro dichas cláusulas, así como a devolver al demandante las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado por referencia al índice IRPH y, en su caso, los intereses de demora. La sentencia de la instancia es recurrida en apelación por Kutxabank S.A., y confirmada por la Audiencia Provincial, que entiende que la cláusula IRPH es abusiva por falta de transparencia, ya que no se proporcionó suficiente

información al cliente sobre el modo de cálculo, ni sobre su comportamiento en años anteriores, ni sobre la diferencia con otros índices, como el Euribor, ni tampoco se ofrecieron al cliente otros índices entre los que optar. La Audiencia también confirma la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios. Kutxabank, S.A., recurre en casación el pronunciamiento relativo a la nulidad de los intereses remuneratorios, aquietándose respecto de la declaración de nulidad de los intereses de demora. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y estima en parte el recurso de apelación, revocando el pronunciamiento relativo a la cláusula de interés remuneratorio.

NOTA.—La sentencia del Pleno se dicta con un voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Ambos magistrados entienden que la Sala no aplica adecuadamente el control de transparencia a la condición general de la contratación relativa al interés remuneratorio fijado por referencia al índice IRPH-Entidades.

Coinciden con la sentencia en que no debe efectuarse un control sobre el método de cálculo del índice de referencia, ni respecto de los procedimientos existentes orientados a garantizar su fiabilidad e independencia. El control de transparencia no se superpone, pues, al control administrativo, sino que se proyecta de modo autónomo y diferenciado sobre la validez de la cláusula en atención a los deberes de información que incumben al predisponente. La utilización del índice de referencia como elemento integrante de la cláusula predispuesta, exige que sobre el mismo se proyecte el control de transparencia con el objeto de comprobar que se cumplió el deber de información, permitiéndose al consumidor valorar las consecuencias económicas de dicho índice. Los magistrados que suscriben el voto particular señalan que el deber de información va más allá de la mera referencia al índice en la cláusula predispuesta y niegan que sea suficiente el conocimiento por parte del prestatario del carácter oneroso del préstamo, en la medida en que el interés remuneratorio constituye el precio y que, lógicamente, por tratarse de un tipo variable, el mismo puede ser objeto de fluctuación.

La complejidad del índice de referencia IRPH, tanto por su fórmula matemática de cálculo como por su peculiar configuración, se proyecta en la información relevante y específica que el profesional debe suministrar acerca del alcance y funcionamiento concreto del mecanismo del índice. Para cumplir con la exigencia de información no hay un listado taxativo de parámetros de comprensibilidad (STS 9 de mayo de 2013). No obstante, en casos de variación en el tipo de cambio de una divisa o en la aplicación de un índice de referencia, la STJUE de 20 de septiembre de 2017 declaró el deber del profesional de proporcionar al consumidor información sobre los posibles escenarios que puede comportar la aplicación de tales mecanismos. A juicio de los magistrados discrepantes, la utilización del índice IRPH tenía un carácter residual que justifica un plus de exigencia de transparencia al profesional respecto de otros índices como el Euribor, que, además, venía siendo objeto de difusión

periódica en la prensa, lo que permitía al consumidor tener mejor acceso y estar más familiarizado con el Euribor que con el IRPH.

En definitiva, entienden que el Tribunal debió haber declarado la abusividad por falta de transparencia de la cláusula IRPH y, estimándose parcialmente el recurso de casación, se debió haber aplicado como índice de referencia el Euribor. (V. N. C.)

13. Efecto de cosa juzgada de un proceso ejecutivo sobre un proceso declarativo posterior. Ausencia de cauce procesal para alegar la abusividad de una cláusula en el proceso ejecutivo. Contratos con consumidores.—Las sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto) y 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) pusieron de manifiesto las insuficiencias del sistema de ejecución hipotecaria en el Derecho español, que no contemplaba el control de oficio de las cláusulas abusivas, ni preveía un cauce procedimental que permitiese a los ejecutados denunciar la abusividad de las cláusulas. Precisamente para reforzar la protección a los deudores hipotecarios se promulgó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, mediante la que se introdujo tanto el control de oficio como la posibilidad de oponer la abusividad en el proceso ejecutivo.

La sentencia del Pleno de 24 noviembre de 2014, en la que se abordó la relación entre el pronunciamiento del proceso ejecutivo y el declarativo posterior, declaró que la cosa juzgada no solo alcanza a las alegaciones realizadas en el juicio ejecutivo, sino también a las que, pudiendo haber sido alegadas, no lo fueron. No obstante, no se extienden los efectos de la cosa juzgada a las alegaciones que no pudieron oponerse en el momento de la ejecución por la ausencia de un cauce procesal oportuno, en cuyo caso, el ejecutado sí podría promover el juicio declarativo posterior (STS de 12 de marzo de 2012).

Control de oficio de la abusividad de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores. Jurisprudencia del TJUE.—Desde la STJCE de 17 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), la jurisprudencia comunitaria ha reiterado que el juez nacional debe examinar de oficio la validez de las cláusulas en los contratos celebrados por consumidores cuando disponga de los elementos necesarios de hecho y de Derecho. Sin embargo, ha sido solo a partir de la STJUE de 4 de junio de 2009 (caso Pannon GSM) cuando se ha indicado claramente que el juez nacional no tiene una mera facultad de pronunciarse de oficio sobre la abusividad de las cláusulas, sino que se trata de una verdadera obligación.

Efecto de cosa juzgada de un proceso ejecutivo sobre un proceso declarativo posterior. Ausencia del preceptivo control de oficio en contratos con consumidores.—El incumplimiento por parte del juez nacional de la obligación de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas en contratos celebrados con consumidores no impide que posteriormente se impugne la validez de dichas cláusulas. La ausencia de control de oficio en ningún caso podría perjudicar al consumidor mediante la apreciación de cosa juzgada, precisamente porque se trata de una medida destinada a su protección y resultaría paradójico que la falta de ejercicio por el tribunal redundase en un perjuicio para el consumidor al que se pretendía proteger. (STS de 27 de septiembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Don Ovidio, doña Leticia y doña Emma (madre de doña Leticia, posteriormente fallecida) suscribieron en 2007 un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 231.000 euros con Celeris Servicios Financieros S.A, con la finalidad de financiar la adquisición de dos viviendas. Entre los meses de julio y octubre de 2008 se produjo el impago de varias cuotas del préstamo, por lo que la prestamista inició un procedimiento de ejecución hipotecaria que finalizó con la subasta y adjudicación de los dos inmuebles hipotecados en garantía del préstamo.

D. Ovidio y Dña. Leticia interponen demanda de juicio ordinario contra Celeris S.A., solicitando la declaración de nulidad de diversas cláusulas del contrato de préstamo relativas a los gastos, la cláusula de vencimiento anticipado, el pacto de liquidez, en virtud del cual el prestamista podía determinar unilateralmente la cantidad exigible, y la cláusula de intereses moratorios, que se calculaban mediante la adición de 15 puntos al tipo aplicable en cada momento, con un máximo del 29,564%. Ante la imposibilidad de anular el proceso de ejecución hipotecaria, se reclama una indemnización de daños y perjuicios por importe de 162.450 euros. Subsidiariamente, para el caso de que se desestimase la pretensión indemnizatoria, se solicita, respecto de los intereses moratorios, su devolución (11.048,19 euros) o, subsidiariamente, un nuevo cálculo conforme al interés legal del dinero.

El Juzgado de lo Mercantil estima parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la cláusula que fijaba el interés moratorio y condenando a la demandada al pago de 11.048,19 euros. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por Celeris S.A., revoca la sentencia de la instancia y desestima íntegramente la demanda porque aprecia la excepción de cosa juzgada. A juicio de la Audiencia, los demandantes podrían haber opuesto la nulidad de las cláusulas en el proceso de ejecución hipotecaria. El Tribunal Supremo estima el recurso por infracción procesal, anula la sentencia de la Audiencia y, desestimando el recurso de apelación, confirma la sentencia del Juzgado. (V. N. C.)

14. Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico. Ámbito objetivo de aplicación de la Ley 42/1998.—El Tribunal Supremo, reiterando lo expuesto en la sentencia del Pleno de 16 de enero de 2017, entiende que la —ya derogada— Ley 42/1998 regula no solo los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles *stricto sensu*, sino también otros contratos similares por los que se transmiten o constituyen derechos, reales o personales, de duración superior a tres años y relativos a la utilización de un inmueble durante un periodo determinado al año. Asimismo, para evitar el fraude de ley, debe declararse la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados al margen de la Ley 42/1998 mediante los que se pretenda eludir fraudulentamente la aplicación de dicha norma (art. 1.7).

Concepto de consumidor en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Ánimo de lucro.—De conformidad con el TRLGCU y las diversas Directivas comunitarias, tiene la consideración de usuario la persona física que suscribe un contrato con una finalidad ajena a su

ámbito de actuación profesional o empresarial. Por lo que respecta al ánimo de lucro, el Tribunal Supremo reitera lo dicho en la sentencia de Pleno de 16 de enero de 2017 y afirma que la posibilidad de que el adquirente se lucre mediante la reventa o el alquiler de sus derechos no excluye su condición de consumidor, siempre que la suscripción del contrato sea ajena a su ámbito de actuación profesional o empresarial. En el mismo sentido, cabe citar entre la jurisprudencia comunitaria la STJCE de 10 de abril de 2008 (caso *Hamilton*) o la STJCE de 25 de octubre de 2005 (caso *Schulte*). El límite, señala el Tribunal Supremo, a la posibilidad de que el consumidor actúe con ánimo de lucro se encuentra en la habitualidad con la que efectúa ese tipo de operaciones, puesto que podría entenderse que desarrolla una actividad empresarial o profesional quien asiduamente y en periodos cortos de tiempo realiza tales operaciones.

Efectos de la declaración de nulidad. Alcance del deber de reintegrar las cantidades satisfechas.—En casos de nulidad de pleno derecho, el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece deben ser devueltas al adquirentes las rentas o contraprestaciones satisfechas. No obstante, la interpretación de la norma debe hacerse, de conformidad con el artículo 3 CC, esto es, atendiendo a su espíritu y finalidad. En este caso, dado que el propósito es dejar indemne al adquirente de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato —normalmente de adhesión— que no cumple con las prescripciones legales, solo deben reintegrarse las cantidades que proporcionalmente correspondan a los años no disfrutados, partiendo de una duración contractual de 50 años, que es la máxima legalmente permitida. (**STS de 19 de septiembre de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Don Porfirio y doña Angélica suscribieron en 2006 varios contratos con la entidad Silverpoint Vacations, S.L., mediante los que adquirieron la membresía del llamado «Club Paradiso», así como un «certificado de fiducia», que les permitía disfrutar por periodos vacacionales de unos apartamentos, a cambio de un precio abonado previamente. Respecto de algunas semanas, se suscribieron contratos de reventa independientes de los contratos de adquisición y afiliación. En 2012, don Porfirio y doña Angélica interponen demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations S.L., interesando la declaración de nulidad radical de los contratos suscritos o, subsidiariamente, la resolución de los mismos.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara la nulidad de la parte del contrato relativa a la adquisición de la membresía del «Club Paradiso». En consecuencia, condena a la demandada a restituir los pagos derivados de dicho contrato y a devolver por duplicado las 1.000 libras que anticipadamente abonaron los demandantes. Contra la resolución de la instancia, Silverpoint Vacations interpone recurso de apelación, que es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, acordándose la desestimación de la demanda y absolviéndose de todas las pretensiones a la demandada. La Audiencia no considera aplicable la Ley 42/1998, señala la dificultad para considerar consumidores a los demandantes porque suscribieron los contratos con la finalidad de alquilar o revender posteriormente y tampoco aprecia la concurrencia de error o dolo en la celebración del contrato. El Tribunal

Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los actores, revoca la sentencia de la Audiencia y confirma la de la instancia. (V. N. C.)

15. Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.—El ámbito objetivo de esta norma era la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuía a su titular la facultad de disfrutar con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio, así como el derecho a la prestación de los servicios complementarios. Este derecho podía constituirse: 1) como derecho real limitado; 2) como un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tuvieran por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años (art. 1).

Se contemplaba también que el contrato en virtud del cual se constituyera o transmitiera cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de esa norma, sería nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos (art. 1.7). Se trataba de evitar el fraude legal.

El ánimo de lucro en el concepto de consumidor a efectos de la legislación de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.—El Tribunal Supremo se plantea si el adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno que revende su derecho es o no consumidor a los efectos de obtener la especial protección concedida por el TRLGDCU, en la medida en que tendría ánimo de lucro. La redacción del artículo 3 TRLGDCU anterior a la reforma por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, se refería a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarcara la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente.

Sin embargo, la reforma de ese precepto puede arrojar luz sobre la cuestión. A diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (ejemplo: comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles). De realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, en la medida en que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario,

conforme establece el artículo 1.1.º CCO. (STS de 20 de noviembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—N y S adquirieron de SP un certificado de asociación a un club por el que tenían derecho a ocupar y disfrutar de unos apartamentos por períodos vacacionales, previo pago del precio. En el contrato se pactó también la posibilidad de reventa del derecho adquirido. N y S plantean una demanda contra SP, solicitando que se declare: 1) la nulidad radical, o resolución subsidiaria, del contrato suscrito por las partes y sus anexos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, más los gastos de mantenimiento y servicios; 2) la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades y que se condene a devolverlas por duplicado; 3) subsidiariamente, que se declare la nulidad, por abusivas y no haber sido negociadas de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos donde se ubicaban los apartamentos objeto del contrato de aprovechamiento por turnos, y se restituyan las cantidades entregadas en virtud de tales contratos.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la nulidad de los contratos. La mercantil demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, concluyendo: a) que no resulta de aplicación la Ley 42/1998 a los contratos como los de autos en los que la finalidad esencial de los adquirentes era la reventa de los derechos adquiridos para obtener unos beneficios; b) que no se aprecia ausencia de los elementos esenciales contemplados en el artículo 1261 CC; c) que no concurren tampoco causas de anulabilidad; d) que no existe dolo en la conducta de la parte demandada ni error esencial invalidante del consentimiento.

En casación, los recurrentes alegan: 1) la aplicación de la Ley 42/1998 a pesar de la posibilidad de reventa de sus derechos; 2) su consideración de consumidores, conforme al artículo 3 TRLGDCU, pues el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión; 3) la infracción del artículo 1.7 de la Ley 42/1998. El Alto Tribunal estima el recurso de casación, señalando: a) que era aplicable la Ley 42/1998, pues los contratos caen dentro de su ámbito objetivo de aplicación; b) que los contratos infringen la citada norma, en la medida en que no recogen el contenido mínimo a que alude su artículo 9 y se exigen anticipos. Por otro lado, no consta que N y S se dedicaran habitualmente a la reventa de derechos de aprovechamiento por turno, por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidores. Por otro lado, a la hora de determinar la cantidad a devolver a los actores, el Tribunal Supremo considera que, de la cantidad satisfecha, habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Igualmente, deberá devolver la canti-

dad entregada en concepto de anticipo, pero por duplicado. En cambio, no procede la condena a la devolución de los gastos de mantenimiento, por cuanto que los demandantes tuvieron a su disposición los referidos inmuebles para usarlos. Finalmente, también habrá que deducir el dinero obtenido por los demandantes por la reventa de semanas.

NOTA.—Sobre la noción de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, *vid.* la STS de 16 de enero de 2017. Y en cuanto al ánimo de lucro y su relación con la condición de consumidor de una persona física, *vid.* la STS de 16 de enero de 2017. (*S. L. M.*)

16. Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Ámbito objetivo de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Es de aplicación a los contratos sobre paquetes vacacionales en las que se adquiere la condición de socio de un club vacacional.—Del tenor de la ley debe entenderse que la misma regula no solo los derechos de aprovechamiento por turno *stricto sensu* sino también los similares, es decir, cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año (art. 1.7). En este sentido, como señala la STS del Pleno de 16 de enero de 2017, al adquirir no simplemente la prestación de unos servicios (lo que se conoce como paquete vacacional), sino también la integración en una comunidad (membresía), mediante el abono de una cuota de entrada y de cuotas periódicas de mantenimiento, parece evidente que se estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia (la mencionada Ley 42/1998 y la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido).

El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física.—El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física por las siguientes razones: La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo, en la STJCE 10 de abril de 2008 (asunto *Hamilton*), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 de octubre de 2005 (asunto *Schulte*), sobre un contrato de inversión. Además, la redacción del artículo 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14). A su vez, la reforma del artículo 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona

jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

Requisitos que han de concurrir en la operación comercial para que la presencia del ánimo de lucro no elimine la condición de consumidor de la persona física.—No obstante, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCo.

Efectos de la declaración de nulidad: reintegración de las cantidades que proporcionalmente correspondan a los años no disfrutados. Devolución por duplicado de las cantidades anticipadas.—Como recoge la doctrina de la Sala, (STS de 20 de enero de 2017) «es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante, la interpretación de dicha norma y su aplicación al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del artículo 3 CC en el sentido de que dicha interpretación se ha de hacer atendiendo fundamentalmente a su «espíritu y finalidad». En el caso del citado artículo 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato —normalmente de adhesión— que no cumple con las prescripciones leales. Pero no es el supuesto aquí enjuiciado, pues los demandantes han tenido a su disposición los aprovechamientos litigiosos desde el inicio de vigencia de los contratos hasta la fecha de presentación de la demanda. En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados, partiendo de la atribución de una relación contractual de 50 años, que es la máxima prevista por la ley. A tal cantidad se le ha de sumar la correspondiente penalización por el anticipo indebido. (STS de 23 de noviembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Los que serán demandantes suscribieron con una sociedad mercantil unos contratos por los que adquirían un «certificado de licencia de vacaciones», «certificados de fiducia» por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos por periodos vacacionales en unos complejos, previo pago del precio. Asimismo, suscribieron un contrato de inclusión en la lista de reventa independientemente del contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que había adquirido. Posteriormente, presentan demanda solicitando la nulidad de dichos contratos y subsidiariamente su resolución. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte los recursos presentados por los demandantes y los demanda-

dos y revoca la sentencia únicamente en el pronunciamiento de la condena en costas que deja sin efecto. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA. – En la sentencia el Tribunal Supremo reproduce el criterio ya apuntado en las SSTS de 16 y 20 de enero de 2017 que declararon la nulidad de los contratos de afiliación a clubs de vacaciones por mandato del artículo 1.7 de la Ley 42/1998, porque tratándose de un contrato que queda sujeto a su ámbito de aplicación no se corresponde con las modalidades de constitución expresamente previstas en el artículo 1.1 *in fine* de la Ley. A diferencia de la anterior línea jurisprudencial (SSTS de 15 de enero y 8 de septiembre de 2015, 21 de septiembre de 2016) aquí no se fundamenta la nulidad del contrato en la indeterminación del objeto o periodo de disfrute de vacaciones sino directamente en la infracción del artículo 1.7 de la Ley. Por otro lado, se vuelve a reiterar la doctrina de las SSTS de 16 de enero, 17 de julio, 20 de noviembre y 20 de diciembre de 2017, sobre la compatibilidad del ánimo de lucro y la condición de consumidor de una persona física, idea que ya había sido defendida por un grupo de autores (entre otros: Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 9.ª ed. Dykinson. Madrid, 2017; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 68). (C. O. M.)

17. Responsabilidad extracontractual: daño sufrido al intentar subirse a un vagón del metro en el andén de una estación.—La jurisprudencia de esta Sala ha considerado que el metro es un medio de transporte que genera el riesgo que exige a los viajeros actuar con la máxima prudencia, y a la empresa transportista adoptar las medidas de seguridad generales y específicas adecuadas para evitarlo (SSTS 927/2006, de 26 de septiembre, y 645/2014, de 5 de noviembre), desde la idea de que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión también mayor por parte de quien lo crea o aumenta. No se puede considerar como falta de diligencia de la demandada, la no colocación de mamparas con puertas de apertura coincidente con las de los vagones. (STS de 21 de noviembre de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Ángel reclamó a *Metro de Madrid* y a su aseguradora, 140.270 euros como consecuencia de las lesiones y secuelas sufridas con ocasión de su caída en el andén de una estación de metro de Madrid, al hacer entrada el tren en la estación. El actor manifestó en su demanda que se aproximó a las vías con intención de acceder al interior de un vagón y repentinamente sufrió el empuje de las personas que se encontraban junto a él con idéntico propósito, lo que le hizo precipitarse contra el convoy todavía en marcha y ser arrastrado por el mismo durante unos metros, mientras intentaba asirse al vagón, lo que no consiguió finalmente pese a sus esfuerzos, siendo absorbido por la inercia del convoy hacia las vías, donde quedó tendido tras detenerse el tren, con el resultado de graves lesiones consistentes en traumatismo

craneoencefálico, fractura de varias costillas, múltiples heridas inciso-contusas, pérdida de piezas dentales y la pierna izquierda severamente dañada con pérdida de sustancia.

Quedó demostrado que el daño se produjo porque la víctima cruzó la línea pintada en el suelo, junto a la banda rugosa que evita los deslizamientos, antes de la detención del tren, al que intentó acceder de forma impropia. Su petición no prosperó, ni en primera ni en segunda instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el perjudicado. (*I. D.-L.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

18. Acción declarativa del dominio. Otorgamiento de escritura pública y tradición. La ausencia del otorgamiento de la escritura pública no impide la transmisión de la propiedad si el adquirente toma posesión material de la cosa.—Aunque el otorgamiento de la escritura pública en principio equivale a la entrega (tradición instrumental), la escritura no es otra cosa que la formalización del acuerdo (en el caso, un acuerdo de cesión) y la tradición puede ser simultánea (lo será si el acuerdo se formaliza en escritura), pero puede otorgarse escritura y aplazarse la entrega y también puede haber existido tradición con anterioridad al otorgamiento de la escritura, de forma que se habrá producido la tradición y la transmisión de la propiedad aunque no se haya otorgado escritura. Esta Sala entiende que el Ayuntamiento adquirió la propiedad de las fincas litigiosas mediante tradición y que el hecho de que no se formalizara en ningún acta la toma de posesión no excluye que se produjera la tradición. Nuestro sistema se basa en la separación entre el título de efectos obligacionales y la tradición, pero no requiere que esta última tenga lugar mediante la entrega material ni tampoco mediante un acto formal. En este caso, la tradición deriva, no del acuerdo de cesión, sino de los actos posteriores realizados en cumplimiento de tal acuerdo. La licencia preveía que se formalizaría la entrega de las fincas como cesión y esta formalización no tuvo lugar pero la toma de posesión de los espacios se acredita mediante la construcción de los inmuebles en los términos acordados, unido al hecho de que, según la sentencia la demanda presentara poco después de dictarse a su favor el auto de adjudicación de los inmuebles un escrito al Ayuntamiento para la determinación del justiprecio «revelador del conocimiento de la ocupación de los mismos por la Administración municipal».

Fe pública registral. Inscripción de la adquisición de bienes que no pertenecen al ejecutado. Aplicación del artículo 34 LH. Necesidad de buena fe en el adquirente. Concepción ética de la buena fe. No basta el desconocimiento o ignorancia de la realidad, es necesario también acreditar una actuación diligente.—La jurisprudencia suele identificar la buena fe con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si se quiere, con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa. Sin embargo, también se considera desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia «de la negligencia del ignorante» (SSTS de

25 de octubre de 1999, de 8 de marzo de 2001 y de 11 de octubre de 2006). La concepción «ética» de la buena fe, según la cual no basta la simple ignorancia de la realidad, sino que se precisa una actuación diligente, que va más allá de la simple consulta del Registro, ha sido confirmada por la Sala (STS de 12 de enero de 2015). La carga ética de la diligencia del adquirente no significa que se prescinda del Registro, pero la protección registral se limita, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 LH, que exige buena fe, cuando el adquirente no ha desplegado una diligencia acorde de las circunstancias para cerciorarse de que hay coincidencia entre la realidad y el Registro (arg. art. 36 LH). En el caso, la descripción de las fincas litigiosas como destinadas a zona verde, vial, aparcamientos y ensanchamiento de una avenida, tal y como figura en la certificación de cargas, imponía el despliegue de una diligencia mínima por parte del adjudicatario para conocer la verdadera situación de las fincas. Esa descripción sugiere que se trataba de terrenos sujetos a cargas urbanísticas y resulta motivo suficiente como para que la demandada tratara de cerciorarse de la situación posesoria que, de hecho, se oponía a la titularidad publicada en el Registro. Ello no puede considerarse una carga desproporcionada o extraordinaria, más tratándose de una finca segregada y que en la inscripción de la obra nueva en la finca matriz, según se considera probado, figuraba la anotación marginal de que la concesión de la licencia estaba sujeta a las condiciones de la misma. **(STS de 4 de octubre de 2017;** ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El Ayuntamiento de F., en Mallorca, promovió acción declarativa del dominio contra la mercantil IPSM, S.L., al objeto de que se reconociera su titularidad sobre dos fincas, que habían sido adjudicadas a la demandada en un procedimiento ejecutivo, y solicitó que hicieran las oportunas rectificaciones registrales. La demandada se opuso al considerar que el Ayuntamiento demandante no había llegado a adquirir las fincas por no haberse otorgado a su favor la preceptiva escritura pública prevista en el convenio urbanístico que debió dar origen a su adquisición. El Juzgado de Primera Instancia entendió que el Ayuntamiento, pese a la falta de otorgamiento de la referida escritura, había adquirido la propiedad de las parcelas ya que había ocupado materialmente las mismas y había edificado sobre ellas, de lo que era prueba incluso la reclamación formulada por la ahora demandante contra el consistorio solicitando la expropiación de tales fincas a favor del municipio y la fijación de un justiprecio. Consideraba que la falta de formalización del documento público lo único que impedía era el acceso de la titularidad municipal de los terrenos al Registro de la Propiedad, pero no la operatividad de la teoría del título y el modo, entendiéndose que existía título, ya que había un acuerdo traslativo del dominio; y también modo, representado por la efectiva y material ocupación de los terrenos por el Ayuntamiento. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimó el recurso de apelación de la mercantil recurrente y desestimó la demanda principal. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

19. Propiedad horizontal. Elementos comunes. Posibilidad de alteración sin necesidad de acuerdo unánime de Junta de Propietarios: autorización estatutaria a propietarios de locales condicionada a la no afectación de la resistencia y estabilidad del edificio.—Competencia de la Junta de Propietarios para decidir sobre la ubicación de la alteración permitida estatutariamente. La fachada constituye un elemento común del conjunto del edificio (arts. 7.1 LPH y 396 CC). Sin embargo, de tal calificación se deriva para la zona correspondiente a los pisos una configuración arquitectónica más rígida que para las plantas bajas de locales, motivada por la concreta actividad a desarrollar en éstos. Por lo anterior, los propietarios de tales locales pueden ejecutar obras que alteren la fachada del edificio y sean necesarias para el desarrollo de su actividad, siempre que no se menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios (STS de 18 de mayo de 2011). La autorización estatutaria a propietarios de locales para la ejecución de obras de adaptación a la concreta actividad, permite la apertura de puertas en fachada, siempre que no afecten a la resistencia y estabilidad del edificio. La autorización estatutaria de apertura de puerta a un elemento común no impide que la Junta de Propietarios disponga su concreta ubicación en base a argumentos justificados, al ostentar la competencia para decidir sobre la naturaleza de las obras en caso de discrepancia (art. 17.10 LPH). (STS de 8 de noviembre de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La entidad propietaria de un local situado en la planta baja de un edificio interpone demanda en contra de la Comunidad de Propietarios para que se anulen tres acuerdos que le denegaron la apertura de una nueva puerta en la fachada, y la ubicación que había propuesto de otra puerta del mismo local hacia el zaguán comunitario. La oposición de la Comunidad a la ejecución de la puerta en la fachada se fundó en una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictada en proceso anterior seguido entre las mismas partes en la que se declararon como elementos comunes los muros de cierre del edificio. Y la denegación del emplazamiento concreto de otra puerta hacia el zaguán se apoyó en la preexistencia de buzones en el lugar propuesto por la entidad propietaria, y en razones estéticas. La actora argumentó su demanda en el tenor literal de los estatutos comunitarios que permitía las obras pretendidas, a lo que opuso la Comunidad que sobre ello prima la exigencia de unanimidad requerida legalmente para alterar elementos comunes, y que los estatutos no atribuyeron al propietario del local la facultad de determinar el lugar de apertura de la puerta hacia el zaguán. El Juzgado de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda al estimar como privativa la fachada del edificio, e injustificados los argumentos alegados por la Comunidad en contra de la ubicación de la puerta hacia el zaguán. El recurso de apelación interpuesto por la Comunidad es desestimado, y la Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia y sus fundamentos. La Comunidad de Propietarios formula recurso extraordinario por infracción procesal que resulta desestimado, así como recurso de casación por infracción de los artículos 17.6 y 17.10 LPH, ambos en relación con el artículo 396 CC, al considerar necesaria la unanimidad de la Junta de Propietario para la alteración de un elemento común como es la

fachada, y para la ejecución de obras autorizadas estatutariamente en los elementos comunes como es el zaguán (*F. S. N.*)

20. Registro de la Propiedad. Cancelación de hipoteca. Venta de finca hipotecada en la liquidación concursal. Enajenación directa de una unidad productiva junto con un bien inmueble gravado con hipoteca por precio inferior al crédito garantizado. Aplicación del artículo 155.4 LC conforme la redacción introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre: necesidad de la aceptación de los acreedores hipotecarios.—El apartado 4 del artículo 155 LC, en la redacción aplicable al caso, prevé que, con carácter general, la realización en cualquier estadio del concurso de un bien hipotecado se haga en subasta. Pero permite que el juez pueda autorizar la venta directa, que cuando se haga fuera del convenio debe cumplir las siguientes exigencias: el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. A falta de una expresa salvedad, debemos entender que este precepto resultaba de aplicación tanto a la venta individual o singular del bien hipotecado como a la enajenación dentro de una unidad productiva, pues no existía norma especial al respecto. De tal forma que, bajo las condiciones contenidas en aquel artículo 155.4 LC, para que pudiera autorizarse la realización del bien hipotecado dentro de una unidad productiva, si la parte del precio ofrecido por esta que correspondía al bien hipotecado era inferior el crédito garantizado con la hipoteca, era necesaria la aceptación del acreedor hipotecario.

La realización directa de una unidad productiva junto con un bien hipotecado que se transmite sin subsistencia de la garantía en la Ley Concursal vigente.—La normativa actual es consecuencia del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, y la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que modificaron el régimen de enajenación de unidades productivas en el concurso de acreedores, y en lo que ahora nos interesa el artículo 149 LC. Este precepto cambia su rúbrica, pues deja de referirse a «reglas legales supletorias», para hacerlo a «reglas legales de liquidación», aplicables también cuando existe un plan de liquidación. El apartado 2 de este artículo 149 LC regula ahora con mayor detalle la cuestión controvertida, esto es, la participación de los acreedores hipotecarios en la realización de una unidad productiva que incluye el bien hipotecado, cuando se transmite sin subsistencia de la garantía. La norma reconoce una participación a los acreedores con privilegio especial que conlleva un derecho de ejecución separada (al margen de cómo se encuentran afectados en la práctica por lo previsto en los arts. 56 y 57 LC), cuando la enajenación de la unidad productiva afecte al bien gravado, y el precio asignado no cubra el valor de la garantía. En esos casos «será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase». Esta previsión constituye un complemento del régimen previsto en el apartado 4 del artículo 155 LC, que a estos efectos no ha sido modificado, y que introduce una especialidad en caso de

venta de unidades productivas. Esta especialidad presupone la regla general de que si se ve afectado un único acreedor con privilegio especial que tenga derecho de ejecución separada, en ese caso no puede realizarse la venta por un precio inferior al mínimo que se hubiese pactado sin contar con su conformidad.

La singularidad del actual artículo 149.2 LC consiste en que cuando la venta de la unidad productiva afecta a varios acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada sobre bienes incluidos en la unidad productiva, en ese caso la exigencia de conformidad de estos acreedores se cumple cuando la prestan al menos quienes representen el 75% de este pasivo afectado. Esto es, la conformidad de los acreedores que representen 75% de estos créditos afectados permite arrastrar al resto. Si no existiera esta salvedad, sería necesario el consentimiento de todos los acreedores privilegiados con derecho de ejecución separada afectados por la venta de la unidad productiva, siempre que la parte del precio obtenido que les fuera asignado a los bienes gravados fuera inferior al valor de la garantía, lo que dificultaría la venta de la unidad productiva. El legislador, al valorar los intereses en juego, ha optado por la regla de la conformidad de la mayoría reforzada del pasivo afectado (el 75%), y mitigar con ello la exigencia del consentimiento unánime de los acreedores afectados.

Extensión y límites de la función calificadora del registrador.—En la medida en que la cancelación de la hipoteca supone la extinción del derecho del acreedor hipotecario, y esta cancelación es consecuencia de una venta o enajenación directa, la registradora puede revisar si, al haberse optado por esta forma de realización, en el mandamiento o el auto que autorizó la realización constan cumplidos los requisitos del artículo 155.4 LC.

Esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadora que con carácter general le confiere al registrador el artículo 18 LH, y más en particular respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial el artículo 100 RH. Conforme al artículo 18 LH, el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el artículo 100 RH dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal.

En el mandamiento judicial de cancelación de la hipoteca debe constar el cumplimiento de los requisitos del artículo 154.4 LC.—De tal forma que en un caso como el presente, respecto de lo que constituye la función calificadora de la registradora, lo relevante es que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos del artículo 155.4 LC, en relación con los acreedores hipotecarios afectados por la venta directa del bien hipotecado. Con todo lo anterior hemos de concluir que la denegación

de la inscripción por la falta de constancia en el mandamiento judicial del cumplimiento de estos requisitos del artículo 155.4 LC fue correcta, sin que en el pleito posterior de impugnación de la calificación o de la resolución de la DGRN pueda censurarse esta denegación porque se llegue a acreditar que en la realidad se cumplieron tales requisitos. (**STS 21 de noviembre de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La sentencia resuelve una controversia judicial originada por la resolución de la DGRN que denegó la cancelación de las cargas que pesaban sobre una finca hipotecada que se transmitió, en un procedimiento concursal, junto con la unidad productiva de la que formaba parte. En el procedimiento concursal de la que trae causa la incidencia registral, se aprobó en el plan de liquidación la enajenación unitaria de un bloque empresarial del cual formaba parte un inmueble grabado con una garantía real. En dicho plan se asignó el 47% del importe de la venta al acreedor hipotecario y se recogió que la venta se haría libre de cargas con cancelación de la hipoteca. Aprobada la oferta de compra, cuyo precio de venta fue inferior al valor de la garantía, el administrador concursal transmitió al ofertante todos los bienes, libre de cargas. Entre ellos, la finca registral. Solicitada la inscripción de la transmisión y la cancelación de las cargas, la registradora la deniega. Interpuesto recurso ante la DGRN fue desestimado. Presentada demanda contra la resolución gubernativa, el Juzgado de Primera instancia la desestima. La Audiencia Provincial estima el recurso y acuerda la cancelación de la hipoteca. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación (*C. O. M.*)

21. La duración del contrato de explotación de derechos audiovisuales de partidos de fútbol.—El objeto y función de los artículos 1 LDC y 101 TFUE es la regulación de las bases de nuestro sistema de libre mercado. Es por ello que la normativa *antitrust* comunitaria (arts. 101 y 102 TFUE) y nacional (arts. 1 y 2 LDC) tiene un carácter imperativo, pues a través de ella se establecen los límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público español o comunitario en el mantenimiento de la competencia. En este contexto, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) resolvió en su resolución de 14 de abril de 2010, que la adquisición de los derechos audiovisuales de la Liga que supere los tres años de duración, es un acuerdo entre empresas que, por sus efectos, cae bajo la prohibición de los artículos 1 LDC y 101 TFUE y, por tanto, comporta su nulidad.

Eficacia de las resoluciones de la CNC.—Una decisión de la CNC es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no impide a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque pudiera constituir un instrumento de convicción de gran autoridad. Sus resoluciones pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo, y la resolución judicial firme que lo resuelva sí vincula al tribunal civil. Esta previa resolución contencioso-administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil. (**STS de 3 de noviembre de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—M y el club de fútbol RZ suscribieron un contrato de cesión en exclusiva de los derechos televisivos del club el 2 de mayo

de 2006. El 1 de agosto de 2007, mediante acuerdo de las partes, se amplió la duración inicial de 5 temporadas a 6. El 14 de abril de 2010, la CNC dictó una resolución en donde declaró que ese contrato, con una duración superior a 3 temporadas, era contrario a los artículos 1 LDC y 101 TFUE. El 25 de noviembre de 2010, el club de fútbol remitió, por burofax, a M un comunicado en el que daba por entendido que el contrato había quedado resuelto y ofreció a la empresa explotadora de derechos televisivos la posibilidad de que le ofertara condiciones para un nuevo contrato. A dicho burofax contestó M oponiendo la situación de interinidad de la resolución de la CNC, por haber sido impugnada judicialmente ante la AN y la aplicabilidad, por encima de la resolución, de la DT 12.^a Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) (que entró en vigor el 1 de mayo de 2010), que establecía una duración máxima de 4 años desde dicha entrada en vigor respecto de los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas vigentes en este momento, esto es, hasta el 1 de mayo de 2014. El 1 de junio de 2011, el RZ contrató la cesión de sus derechos televisivos y audiovisuales a la empresa DTS. Dicha cesión comprendía una de las temporadas previamente cedida a M.

M interpone demanda contra el club de fútbol, por incumplimiento de contrato. El Juez de Primera Instancia la desestimó por entender que había cosa juzgada. Además, dada la resolución de la CNC, los derechos de M se habían extinguido respecto de la temporada litigiosa. A la misma conclusión llegó la Audiencia Provincial, respecto del recurso de apelación interpuesto por la actora.

En casación, M alega la infracción del artículo 21 y de la DT 12.^a LGCA, por interpretación errónea y contraria al artículo 3 CC. Argumenta que la resolución de la CNC es contraria a tales preceptos. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Explica que la LGCA entró en vigor el 1 de mayo de 2010, es decir, con posterioridad a la resolución de la CNC de 14 de abril de 2010. En esta, la CNC concluyó que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales con una duración superior a tres años eran contrarios a los artículos 1 LDC y 101 TFUE, con la consiguiente declaración de quedar dentro de los actos prohibidos por anticompetitivos. Por tanto, los acuerdos examinados por la CNC no pueden encontrar amparo en una norma que no estaba en vigor ni cuando esos acuerdos se llevaron a cabo, ni siquiera en el momento posterior en que la CNC los examinó y declaró contrarios a la LDC. Cuando entró en vigor la Ley, ya se había producido la resolución de la CNC que declaraba contrario a la LDC la duración del contrato litigioso. El Alto Tribunal concluye que la cláusula en la que se pacta la duración del contrato es nula de pleno derecho. La nulidad de esos pactos contractuales que infringen dicha normativa se justifica por el traspaso de estos límites a la autonomía de la voluntad.

NOTA.—Sobre esta misma cuestión, *vid.* también las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de enero y de 7 de diciembre de 2015. (S. L. M.)

DERECHO DE FAMILIA

22. Competencia judicial internacional: Divorcio entre ciudadano español y ciudadana egipcia domiciliada en Dubái.—El recurso causante del presente recurso de casación versa sobre la determinación de la residencia habitual de un esposo de nacionalidad española a efectos de valorar la competencia de los tribunales españoles. Los hechos más relevantes, tal como han sido fijados en la instancia, son los siguientes:

La Sra. Mari Juana (de doble nacionalidad, británica y egipcia) y el Sr. Benjamín (nacional español) contrajeron matrimonio el 18 de octubre de 2008 en Las Vegas. El 16 de junio de 2015 el marido presenta demanda de divorcio contra su esposa en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villaviciosa, justificando la competencia del juzgado con la cita: 1) del artículo 3.1.a) del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (Reglam. Bruselas II-bis) por el hecho de haber residido en España, en concreto en Villaviciosa, los seis meses anteriores a la interposición de la demanda; y 2) del artículo 769.1 LEC. La Sra. Mari Juana presenta declinatoria de jurisdicción alegando que el Tribunal carece de competencia por corresponder el conocimiento de la demanda a los tribunales de Dubái. Por Auto de 31 de julio de 2015 el Juzgado desestima la declinatoria y declara la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, con cita del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis y del artículo 22.3 de la LOPJ (en la redacción vigente hasta el 1 de octubre de 2015), y la territorial del propio juzgado para conocer de la demanda de divorcio contencioso. El Juzgado tiene en cuenta que el demandante es de nacionalidad española y aparenta arraigo familiar y mercantil en España y la demandada tiene nacionalidad británica pero sin conexión que determine la competencia de los tribunales británicos, en atención a la residencia habitual que ella afirma en Dubái. Por auto de 14 de octubre de 2015 se desestima el recurso de reposición, añadiendo que entrando en el fondo de la cuestión planteada, no parece que quisiera acreditarse, pese a la documentación aportada, que el demandante tenga residencia habitual en Dubái, como se colige de actos propios de la demandada, la cual presentó ante el juzgado español denuncia contra el demandante por la presunta comisión de un delito cometido en el ámbito de la violencia de género, interesando asimismo orden de protección.

De la declaración prestada en el presente juzgado se deduce que el marido vive actualmente en Bilbao y posteriormente él se fue de la casa de Villaviciosa, cogiendo sus cosas el 13 de abril de 2015. De todo ello se desprende (sin perjuicio de los desplazamientos del demandante a Dubái, lo cual no se pone en duda, debido a sus actividades profesionales o económicas), que el último lugar de residencia habitual de los cónyuges fue Villaviciosa, donde vive la demandada. Igualmente mostramos conformidad para la determinación de la competencia con la aplicación del Reglamento 2201/2003, fijando el artículo 3.1 siete foros alternativos (entre ellos bastando que concurra uno solo de ellos) de competencia judicial internacional.

La apelante alega que, tras contraer matrimonio, trasladaron su domicilio a Dubái donde ella era propietaria de una vivienda en la que residían, donde fundaron una sociedad que inició su actividad en enero de 2009 y de la que el esposo sería el «manager», cuya licencia comercial se renovó en enero de 2015, mientras que ella estaba vinculada a otras sociedades que operan en Dubái. Alega que el esposo está inscrito como residente en el Consulado de

Dubái, situación que renovó el 6 de abril de 2015, y que también tiene una licencia de conducir expedida en marzo 2010 en Dubái y licencia de circulación expedidas por los Emiratos Árabes Unidos, a su nombre respecto de varios vehículos.

La parte apelada sostiene que, con independencia de su domicilio a efectos administrativos, su residencia habitual está en España, donde realiza su principal actividad empresarial, que el matrimonio residía en Villaviciosa, donde tienen una vivienda de su propiedad que adquirieron en diciembre de 2012, y que no es solo una residencia temporal y vacacional.

La sentencia de segunda instancia desestima el recurso, confirma la sentencia de primera instancia y condena a la apelante a las costas de la alzada. Por lo que se refiere a la competencia internacional, razona la Audiencia: «En primer lugar, cabe precisar que la actividad empresarial principal del demandante se desarrolla en España, en donde figura vinculado, de uno u otro modo, a once sociedades; acredita también que la mayor parte del tiempo permanece en España, y de hecho entre el 24 de junio de 2014 y el 10 de junio de 2015, ha estado en Dubái, entre el 4 y el 12 de diciembre de 2014, el 15 y el 20 de marzo de 2015 y entre el 4 y el 12 de abril de 2015, esto es 327 días ha permanecido en España. Consta además que efectivamente los litigantes tienen un lugar de residencia en Selorio (Villaviciosa), siendo de destacar que la apelante interpuso una denuncia el 19 de mayo de 2015, en donde se manifiesta que el matrimonio ha venido alternando su residencia en Dubái con estancias en Selorio y donde expresa su intención de permanecer hasta noviembre de 2015; en la misma se refiere a supuestos episodios de violencia de género acontecidos en setiembre de 2012, en junio o en noviembre de 2014 y el 30 de abril de 2015. Dificilmente, por lo tanto, cabe afirmar que, con independencia del domicilio administrativo que pueda figurar, el lugar de residencia habitual, al menos del actor, se pueda considerar que lo constituye dicho país, pues ni objetivamente atendiendo al tiempo de permanencia en España, puede así afirmarse, ni subjetivamente, teniendo en cuenta que, no solo el centro de su actividad profesional lo constituye España, sino que además, se constata que una gran parte de este tiempo ha estado en este país con su esposa, sin que ello pueda explicarse con el argumento de que se trata de simples estancias estacionales o vacacionales, pues lo cierto es que se constata que las mismas se desarrollan en muy diversas épocas del año y durante prolongados periodos de tiempo.

Contra la sentencia de la Audiencia, la Sra. Mari Juana interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En el suplico solicita que se desestime la demanda del Sr. Benjamín, quien presenta escrito de oposición a los recursos, solicita su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

El recurso extraordinario por infracción procesal se apoya en dos motivos. El primero al amparo del artículo 469.1.1.º LEC por inaplicación del artículo 3.º del Reglamento de la UE 2201/2203, del Consejo. El segundo motivo al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al ser la valoración de la prueba manifiestamente ilógica, arbitraria e irrazonable al concluir que la residencia habitual del demandante estaba situada en España durante los seis meses anteriores a la presentación de la demanda. La Sala, por razones lógicas, altera el orden de los motivos.

La valoración de la prueba no ha sido errónea, ilógica y arbitraria y por ello no se ha provocado indefensión.—Es doctrina de esta Sala, aplicable al presente caso, la de que la valoración de la prueba sólo es revisable en

el recurso extraordinario por infracción procesal cuando las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones y cuyo contenido no haya sido tomado en consideración. En consecuencia: 1.º) El hecho de que la revisión de la valoración probatoria no esté expresamente prevista en ninguno de los motivos de infracción procesal recogidos en el artículo 469 LEC, pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para las instancias. 2.º) El carácter extraordinario de este recurso, que no constituye una tercera instancia, no permite tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio (como explica la sentencia 615/2016, de 10 de octubre, resumiendo la doctrina anterior). 3.º) La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario al amparo del artículo 469.1.4.º LEC por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria e ilógica la valoración de la prueba, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (jurisprudencia recogida por la sentencia 615/2016).

La aplicación de esta doctrina al caso determina que el motivo 2.º deba ser desestimado. El escrito de la recurrente no se dirige a poner de manifiesto que no se corresponde con la prueba practicada los hechos fijados por la sentencia acerca de las estancias del demandante en España, de las extracciones de los cajeros o de sus intereses empresariales en España. Por otra parte, la sentencia no niega los hechos que la recurrente considera decisivos (la inscripción del esposo en el registro consular, su permiso de residencia). Lo que sucede es que la recurrente discrepa de la valoración que de todos esos hechos lleva a cabo la sentencia recurrida. De este modo, lo que impugna realmente es la valoración jurídica realizada por el tribunal de instancia, el criterio jurídico de la Audiencia para concluir que el demandante tenía su residencia en España, lo que no es propio de este recurso extraordinario.

Criterios legales aplicables para establecer la competencia internacional.—La Sala efectúa un análisis minucioso de tales criterios legales, estableciendo la siguiente doctrina: es una materia que podría analizarse de oficio y los tribunales españoles deben declararse incompetentes si comprueban que no son competentes internacionalmente con arreglo a los foros del Reglamento de Bruselas II bis, ni, en su caso, con arreglo a las normas de producción interna. Resulta oportuno resumir las posturas mantenidas por las partes acerca de cómo debe interpretarse y aplicarse en el caso las reglas de competencia internacional. La esposa (demandada, ahora recurrente) considera que los tribunales españoles no son competentes por aplicación del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis porque, habida cuenta de que los esposos no tienen la misma nacionalidad ni tampoco residencia común en España, procede la aplicación de la LOPJ conforme a la cual los tribunales españoles tampoco serían competentes según el texto del artículo 22.3.º, vigente en el momento de la presentación de la demanda, porque en el caso, también sería presupuesto necesario que el esposo tuviera su residencia en España, lo que entiendo no sucede. El esposo (demandante, ahora recurrido), por el contrario, considera que los tribunales españoles son competentes por aplicación del artículo 3.1 del Reglamento Bruselas II bis (demandante español con resi-

dencia habitual durante al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la demanda); añade que, incluso en el caso de que no se considerara aplicable el artículo 3, los tribunales españoles resultarían igualmente competentes por aplicación del artículo 22 LOPJ, habida cuenta de que el esposo es español y en el momento de interponer la demanda residía en España.

Por lo que se refiere a la competencia judicial internacional, el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, es aplicable por los tribunales españoles desde 1 de marzo de 2005. Su ámbito de aplicación viene regulado en los artículos 6 y 7, de los que resulta que, en el caso de que ningún órgano jurisdiccional de ningún Estado miembro resulte competente con arreglo al Reglamento, y con independencia de que el demandado sea o no nacional de un Estado miembro y de que resida o no habitualmente en un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro pueden declararse competentes a través de los foros contenidos en sus normas de producción interna.

Conforme a los artículos 6 y 7:

Artículo 6. Carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3, 4 y 5.

«Un cónyuge que: a) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien: b) sea nacional de un Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados miembros, sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5.»

«Artículo 7. Competencia residual.

1. Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las reglas de dicho Estado.

2. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados.»

Se invoca la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.ª) de 29 de noviembre de 2007 (Kerstin Sundelind López y Miguel Enrique López Lizazo), en el asunto C-68/07) que afirma que el vigente Reglamento tiene por objeto establecer normas de conflicto uniformes en materia de divorcio para garantizar que la libre circulación de personas sea lo más amplia posible. Por tanto, el Reglamento núm. 2201/2003 también se aplica a los nacionales de Estados terceros que presenten vínculos suficientemente profundos con el territorio de uno de los Estados miembros, según los criterios atributivos de competencia previstos en dicho Reglamento, criterios que, según el duodécimo considerando del Reglamento núm. 1347/2000, se basan en el principio de que debe existir un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia.

En el caso, para apreciar si debe acudirse a la LOPJ es preciso excluir primero que, por aplicación del artículo 3 del Reglamento, los tribunales españoles (o los de otro Estado miembro, lo que en el caso no se discute), no son competentes.

Conforme al artículo 3.º del Reglamento:

«Competencia general. 1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre: – la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o – la residencia habitual del demandado, o – en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o la residencia habitual de uno de los cónyuges, o – la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su *domicile*; b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del *domicile* común. 2. A efectos del presente Reglamento, el término *domicile* se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda».

Los foros del artículo 3 del Reglamento son alternativos, sin ninguna jerarquía entre ellos; basta con que concurra uno cualquiera de los siete foros de competencia judicial internacional, los tribunales españoles son competentes. Partiendo de que en el caso la demanda la interpuso el esposo, de nacionalidad española, la cuestión se centra en determinar si el esposo había residido en España al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda.

Aun cuando el concepto de residencia parte de unos datos de hecho y, por tanto, tiene un componente fáctico importante, la valoración de esos hechos a efectos de determinar si tienen relevancia para integrar el concepto de residencia habitual es netamente una cuestión jurídica.

El reproche jurídico que formula la recurrente, haciéndose eco de una crítica doctrinal a la regulación europea, en el sentido de que puede fomentar el *Forum Shopping* no sería motivo suficiente para dejar de aplicar la norma que conduce a la declaración de la competencia de los tribunales españoles, máxime en un caso en el que no puede considerarse, a la vista de los hechos probados, que la competencia internacional de los tribunales españoles resulte imprevisible para la esposa, ni que los tribunales españoles se encuentren escasamente vinculados con el supuesto por lo que el foro se convierta en exorbitante ni que, como consecuencia de ellos se vulnere la tutela judicial efectiva. De hecho ha quedado acreditado no sólo que el esposo tenía el núcleo de su actividad profesional en España sino que la propia esposa hacía estancias prolongadas en España, como muestran sus propias manifestaciones en la denuncia penal que puso contra su marido el 19 de mayo de 2015 ante la Comandancia de la D.G. de la Guardia Civil de Gijón (puesto de Villaviciosa) y que dio lugar a la incoación de diligencias que fueron sobreseídas por auto de 21 de mayo de 2015 del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 1 de Villaviciosa.

De la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de octubre de 2016, en el asunto C-249/15 se desprende la siguiente doctrina:

El tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar. Dado que el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto del Reglamento referido no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar el alcance del concepto de «demandante», dicha determinación debe hacerse en función del contexto de esas disposiciones y del objetivo del citado Reglamento. En cuanto al contexto en que se inscribe el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones 5.º y 6.º del Reglamento, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que este artículo prevé varios criterios entre los cuales no establece ninguna jerarquía; todos los criterios objetivos enunciados son alternativos. De lo anterior se deduce que el sistema de reparto de competencias instaurado por el referido Reglamento en materia de disolución del vínculo matrimonial no pretende excluir las competencias múltiples; al contrario, se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía. En relación con los criterios enumerados en el artículo 3, apartado 1, letra a), el Tribunal de Justicia ha declarado que estos se basan, desde distintos puntos de vista, en la residencia habitual de los cónyuges. De lo anterior resulta que las normas de competencia establecidas en el artículo 3 del Reglamento tienen como objetivo preservar los intereses de los cónyuges. Tal interpretación responde también a la finalidad perseguida por este Reglamento que ha establecido normas de conflicto flexible para tener en cuenta la movilidad de las personas y para proteger igualmente los derechos del cónyuge que haya abandonado el país de la residencia habitual común pero garantizando que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia.

El «Informe Borrás» proporciona explicación sobre el catálogo de foros que actualmente recoge el Reglamento Bruselas II bis. Se trata del «Informe del Convenio celebrado con arreglo al artículo k-3 del Tratado de la UE, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial». Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998 (98/C 221/04). En relación a los criterios para determinar la competencia de los tribunales de un Estado para decidir sobre las cuestiones matrimoniales, se distinguen dos grupos que aparecen, respectivamente, en la letra a) y en la letra b). El apartado 2 del propio artículo se aplica a la letra b) del apartado 1 y también al último guión de la letra a). Los criterios que se incluyen parten del principio de que exista un vínculo real entre la persona y un Estado miembro. La decisión sobre la inclusión de unos determinados criterios responde a su existencia en los distintos ordenamientos internos y a su aceptación por los demás o al esfuerzo por encontrar puntos de acuerdo aceptables por todos. De entre los criterios que aparecen en la letra a), la determinación de la competencia judicial internacional por ser el lugar de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda (primer guión) es un criterio ampliamente aceptado por los Estados miembros y por el que, se resolverán la gran mayoría de casos. Tampoco plantea problemas el criterio incluido en el tercer guión «residencia habitual del demandado», en cuanto es el criterio general de competencia basado en el principio *actor sequitur*. Igualmente recibió amplio consenso el criterio

adoptado en caso de demanda conjunta, que aparece en cuarto guión, puesto que puede presentarse la demanda ante las autoridades de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. Mayores problemas aparecieron en torno a la aceptación de los otros criterios incluidos en este apartado. El problema se ha visto por algunos Estados al poner esta situación en relación con la situación en que se encuentra el otro cónyuge (con ocasión de la crisis regresa a su propio país de domicilio o nacionalidad y se encuentra sometido a las limitaciones previstas en el 5.º y 6.º guion, disposiciones que, sin duda tendrán consecuencias en relación con la litispendencia). En efecto, en estas dos disposiciones se admite, de forma excepcional, el *forum actoris*, sobre la base de la residencia habitual pero reforzada con otros elementos. En el 5.º guion se admite la competencia de los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del demandante si ha residido en ese Estado por lo menos durante un año. No encontrando algunos Estados suficientes la norma formulada se incluyó en el 6.º guion la posibilidad de que entiendan del asunto matrimonial los órganos jurisdiccionales del Estado de la residencia habitual del demandante si esta ha durado al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la demanda, siempre que dicho Estado sea, además, o bien el Estado de la nacionalidad o del domicilio, en el sentido que tiene el Reino Unido y en Irlanda. La existencia de la conexión serápreciada por el juez. Aunque se discutió la posibilidad de incluir una norma que fijara el lugar de la residencia habitual de forma similar a la del artículo 52 del Convenio de Bruselas de 1968 en relación a la fijación del domicilio, se decidió al final no incluir disposición particular al respecto. No obstante, aunque no en aplicación del citado Convenio se ha tenido particularmente en cuenta que el Tribunal de Justicia ha dado en diversas ocasiones una definición, en el sentido que significa «el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos». De todo lo anterior se desprende que el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis ha de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme para todos los Estados miembros y que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar. Por residencia habitual debe entenderse, conforme al Tribunal de Justicia, el lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia. Otros Tribunales Supremos nacionales europeos han tenido ocasión de declarar que el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis, de acuerdo con su finalidad, atiende al lugar en el que el interesado ha fijado con carácter de estabilidad el centro permanente o habitual de sus intereses, con clara naturaleza sustancial y no meramente formal o derivada de la inscripción en registros oficiales, por lo que lo relevante es identificar la residencia efectiva en el sentido del propio Reglamento, el lugar del concreto y efectivo desarrollo de la vida personal y, eventualmente profesional, de la persona (así las sentencias de 17 de febrero y 25 de junio de 2010 de *Cass. italiana, Sezione Unite*; la sentencia de la *Cour Cass. franc. premier Chambre civ.* de 14 diciembre de 2005, según la cual la residencia habitual no exige que sea exclusiva y basta un vínculo objetivo, real y serio, sin que sea suficiente para excluirla el motivo de haber conservado un domicilio personal, fiscal, ni estar inscrito en el censo electoral de otro lugar).

En el presente caso, en el momento de la presentación de la demanda, el Sr. Benjamín, de nacionalidad española, tenía su residencia habitual en España desde al menos seis meses antes a la interposición de la demanda de divorcio, tal y como resulta de las circunstancias acreditadas en la instancia; que su actividad empresarial principal se desarrolla en España, donde está el centro de su actividad profesional, lo que se confirma por el hecho de que entre el 24 de junio de 2014 y el 10 de junio de 2015, fecha de la demanda, permaneció en España 327 días, lo que no puede explicarse por simples estancias vacacionales. La residencia habitual en España no queda desmentida ni por su permiso de residencia ni por su inscripción en el Registro de Matrícula de la Oficina Consular de Dubái, pues este dato no hace de Dubái la residencia habitual en sentido realista sino sólo en sentido formal y administrativo. A estos efectos no hay diferencia sustancial entre estar empadronado en un municipio y estar inscrito como residente habitual en el Registro de Matrícula de una Oficina Consular en el Extranjero. De acuerdo con la legislación vigente ambas inscripciones son obligatorias cuando se reside habitualmente en un municipio o en una demarcación consular, pero ninguna de las dos sirve, sin embargo, para desvirtuar la residencia real en otro lugar, porque lo decisivo es el hecho de dicha residencia habitual, con un criterio realista, adaptado a la movilidad de los cónyuges. Tampoco puede servir para desvirtuar tales datos significativos el contenido de los artículos 68 y 69 CC. Sin entrar a valorar, lo que es irrelevante en este momento, si el domicilio conyugal estaba en Dubái o en Villaviciosa, lo cierto es que ni el deber de convivencia ni la presunción de convivencia impiden que los cónyuges tengan otro lugar en el que se encuentre su centro de intereses a efectos de identificar un lugar de residencia habitual, lo que no es extraño en las crisis matrimoniales internacionales y confirma el propio abanico de foros que ofrece el artículo 3.1.a) del Reglamento de Bruselas II bis (entre los que se tiene en cuenta la residencia habitual común pero también la de cada uno de ellos) e, incluso, dentro de nuestro ordenamiento interno, el artículo 769 LEC.

En consecuencia, los tribunales españoles eran competentes cuando el Sr. Benjamín interpuso la demanda de divorcio, por lo que el motivo del recurso se desestima.

Defectos del recurso de casación: Concepto aplicable a estos efectos del domicilio habitual.—El recurso se formula por el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por tratarse de un procedimiento seguido por razón de la materia. Para justificar el interés casacional cita la sentencia de 30 de diciembre de 1992, manteniendo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio, y las sentencias de 28 de noviembre de 1940, 26 de mayo de 1944, 18 de septiembre de 1947, 27 de septiembre de 1954 y 21 de abril de 1972. Tras un análisis de estas sentencias concluye que la jurisprudencia mantiene una interpretación subjetiva y voluntarista del domicilio y, con reiteración de los argumentos esgrimidos en los motivos del recurso de infracción procesal, concluye que la sentencia recurrida ha vulnerado la doctrina jurisprudencial al acudir a criterios objetivos de tiempo de permanencia en España. Sostiene, en definitiva, que el Sr. Benjamín no tenía su residencia en España y que la Audiencia no ha valorado los datos de los que resulta su residencia en Dubái.

El recurso de casación denuncia la infracción del artículo 40 CC cuando, en realidad, la regulación del domicilio como residencia habitual no es la norma sustantiva aplicable al fondo del asunto, el divorcio de las partes, sino en todo caso la norma que, al definir el domicilio civil como el lugar de residencia habitual de una persona, podría servir para integrar la norma de compe-

tencia internacional, lo que no es correcto por ser el de residencia habitual un concepto autónomo del Reglamento de Bruselas II bis. Puesto que la única finalidad perseguida por la recurrente es que se declare la incompetencia de los tribunales españoles por falta de competencia internacional, da la impresión de que lo que ha pretendido al interponer el recurso de casación es sortear el obstáculo a que se enfrentaba en este trance plantear esta cuestión exclusivamente mediante el oportuno recurso de infracción procesal dado que conforme a la regla 5.ª de la disp. final 16 LEC, la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal está condicionada a la admisión del recurso de casación cuando la cuantía del asunto no exceda de 600.000 euros o se haya tramitado por razón de la materia, como es el caso.

El motivo se desestima además porque el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis no remite a la noción que puede resultar de la interpretación del domicilio con arreglo al Derecho interno.

A efectos del presente recurso sería irrelevante, aunque fuera cierta la supuesta interpretación del domicilio civil contenida en el artículo 40 CC que erróneamente atribuye la recurrente a esta Sala, en el sentido de atribuir al padrón (o, en su caso, a la inscripción en el Registro Consular) el valor de desvirtuar la realidad objetiva de una residencia habitual. Sucede, además, que el Derecho español parte, a la hora de fijar el domicilio de las personas, de un criterio realista, al definir el domicilio de las personas físicas en el artículo 40 CC como «el lugar de su residencia habitual», y esta Sala tiene declarado que, con carácter general, ha de atenderse al sitio donde se reside con habitualidad, que equivale a domicilio real, ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar. De tal manera que, como dijo la sentencia de 10 junio 1966, el único domicilio que la ley toma en consideración es el civil, es decir, el definido en el artículo 40 CC, como «el lugar de la residencia habitual», sin perjuicio de los requisitos específicos que puedan establecer las leyes administrativas a otros efectos (doctrina reiterada en sentencias de 13 de julio de 1989, 15 de noviembre de 1991 y 22 de marzo de 2001). Se desestiman el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.ª Mari Juana contra la sentencia 196/2016 de la Audiencia Provincial de Gijón (sección 7.ª) de 5 de mayo de 2016, dimanante de procedimiento de divorcio contencioso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villaviciosa. Se confirma la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Gijón, incluido su pronunciamiento sobre costas. Se imponen a la recurrente las costas de los recursos por infracción procesal y por casación, con pérdida de los depósitos constituidos para interponerlos. (STS de 21 de noviembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.ª Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—Sentencia minuciosamente fundamentada sobre cuestiones escasamente tratadas por la doctrina científica, y que ahora fija —en este caso, convincentemente— la doctrina jurisprudencial española. La singularidad del tema puede comprobarse *ad exemplum*, en el reciente trabajo de derecho comparado de Diana GLUHAIA, «La competencia judicial internacional en los contratos internacionales de consumo en la federación de Rusia», *RCDI*, núm. 769, septiembre-octubre, 2018. pp. 2551 ss. (*G.G.C.*)

23. Efectos de la separación y divorcio: Patria potestad compartida: Atribución de la vivienda.—Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes: La Sra. Genoveva y el Sr. Jesús Luis se casaron en el año 2000 bajo el régimen de separación de bienes. Tienen dos hijos, nacidos en 2004 y 2008. El 24 de septiembre de 2014 la esposa interpone demanda de divorcio, y el 6 de octubre de ese mismo año el marido interpone demanda de separación matrimonial en la que también se refiere a la disolución del matrimonio. A petición de la Sra. Genoveva el Juzgado dicta el auto de 17 de noviembre por el que se ordena la acumulación del proceso más moderno al más antiguo para su sustanciación en un mismo procedimiento. El 9 de diciembre de 2014 el Juzgado fija como medidas provisionales la guarda de los hijos menores por la madre, el pago a cargo del marido de 2000 euros en concepto de cargas familiares y alimentos a los hijos y la atribución de la vivienda a los hijos y esposa.

El 2 de octubre de 2015 el Juzgado dicta sentencia por la que estima parcialmente la demanda. Declara disuelto el matrimonio y acuerda las siguientes medidas: Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores, de forma compartida a ambos progenitores, por semanas de lunes a domingo y forma alternativa en el tiempo, con ejercicio compartido de la patria potestad. En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad, dichos periodos se disfrutarán por mitad, distribuyéndose las de verano en dos periodos, desde el final del periodo escolar y el mes de julio, y el mes de agosto hasta el comienzo del colegio, correspondiendo a la madre elegir el mes en los años pares y al padre en los impares, manteniéndose durante los restantes meses vacacionales el sistema de custodia por semanas alternas. Los menores se entregarán al otro progenitor en su domicilio el último día del periodo vacacional correspondiente, a las 20 horas. Cada uno de los progenitores se hará cargo de la manutención de los menores cuando los tenga consigo, entendiéndose por tal, los gastos referidos a alimentos y vestido, abonándose por mitad entre los progenitores los gastos extraordinarios de los menores, entendiéndose por tal los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social y/o Mutua Sanitaria y todos aquellos que por su propia naturaleza son imprevisibles y de imposible cuantificación hasta su nacimiento, los cuales deberán ser consensuados, salvo que revistan carácter de urgencia, en cuyo caso deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del otro progenitor.

Se atribuye el uso y disfrute del domicilio conyugal a la madre e hijos, durante un periodo de dos años.

La sentencia motiva su decisión respecto de la adjudicación del uso de la vivienda, propiedad del Sr. Jesús Luis, y que la demandante solicitaba sin límite temporal, con el siguiente razonamiento: «Al otorgar la custodia compartida por semanas produce como consecuencia la no aplicación de la doctrina jurisprudencial de atribución de la vivienda a quien se le concede la custodia. Por tanto, al estar acreditado que ambos perciben un salario, no consta la necesidad de que a D.^a Genoveva se le conceda el uso de la vivienda familiar *sine die*, por lo que de acuerdo con el artículo 96.2 CC, aplicado analógicamente, se fija un plazo de dos años durante el que la madre podrá hacer uso de la vivienda familiar, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes».

La Sra. Genoveva interpone recurso de apelación en el que impugna los siguientes pronunciamientos de la sentencia: i) La atribución de la guarda y custodia de forma compartida entre ambos progenitores. ii) La pensión de alimentos cuya cuantía fija en 2.000 euros, como en las medidas provisiona-

les; o, subsidiariamente en la suma de 1500 euros. iii) La limitación temporal de la atribución temporal de la vivienda (dos años). Y iv) La denegación de una pensión compensatoria.

El Sr. Jesús Luis se opone al recurso y solicita su desestimación.

La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y declara la procedencia de una pensión de alimentos para los hijos, a cargo del padre, en la cantidad de 400 euros mensuales en total. Asimismo revoca la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda. Los Fundamentos de Derecho 3.º y 4.º de la sentencia que se refieren a estas dos medidas son del siguiente tenor literal:

Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda: «Impugna la Sra. Genoveva la decisión del Juzgado de atribuirle el uso de la vivienda por un plazo de dos años. El motivo debe ser estimado. El artículo 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Tal como dispone la STS de 18 de mayo de 2015: Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el Juez para evitar que se pueda producir este perjuicio». «El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así expresamente, el artículo 233-20.1 CCcat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien». «Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011, aunque ésta pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE) (...) Efectivamente, esta regla no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor». «En el presente caso, los hijos menores cuentan en la actualidad con ocho y doce años, por lo que con independencia de que se instaure un sistema de custodia compartida, no puede establecerse una limitación temporal del uso de la vivienda, que tiene carácter familiar y no exista ninguna otra que permita dar cobertura a los intereses de los menores cuando están bajo la guarda de la madre, sin perjuicio de acudir en un futuro a un proceso de modificación de medidas».

Pensión de alimentos: «Respecto a la petición de que se imponga a cargo del Sr. Jesús Luis la obligación del abono de una pensión de alimentos de 2.000 o 1.500 euros mensuales para sus dos hijos, debe ser estimada en parte. Con independencia del establecimiento del régimen de custodia compartida,

no compartimos la decisión de instancia de que cada progenitor asuma los gastos de manutención de los menores, por partes iguales. En nuestra sentencia de 22 junio 2016 ya disponíamos que esta modalidad de custodia no significa forzosamente que cada cual debe correr con todos los gastos del hijo durante los periodos que lo tenga en su compañía, pues pueden darse diferencias relevantes que, como sucede en el caso enjuiciado, es necesario equilibrar alimenticiamente a favor del hijo en la medida correspondiente (no de la misma entidad que si la custodia fuese exclusiva de la madre). En el presente caso, debemos tener en cuenta para la fijación de la pensión, por una parte, que el Sr. Jesús Luis es médico especialista en cirugía plástica estética y además de pasar consulta en su clínica, acude periódicamente a otra clínica en Madrid. Aunque se desconoce la cantidad exacta que percibe por su trabajo, lo cierto es que en su contestación a la demanda, reconoció que durante el año 2013, había percibido una media de 5.916,81 euros mensuales, mientras que la Sra. Genoveva percibe un salario de 1.600 euros líquidos mensuales como concejala del Concello de A Coruña. Por otra parte, las necesidades y gastos de sus hijos incluyen la asistencia a un colegio privado (que asciende a unos 825 euros mensuales, incluyendo comedor), que el padre está dispuesto a asumir».

«En virtud de lo expuesto, ponderando todos los datos económicos y la evidente diferencia de ingresos entre los progenitores, consideramos que debe fijarse una pensión de alimentos para los dos hijos a pagar por el padre en la cantidad de 400 euros mensuales en total, que deberá ser satisfecha durante los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre y que se actualizará conforme a las variaciones que experimente el IPC o índice que lo sustituya».

El Sr. Jesús Luis interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional. Se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del artículo 96 CC en relación con los artículos 348 y 33 CE. Para justificar el interés casacional aporta las sentencias de esta Sala de 24 de octubre de 2014, 9 de septiembre de 2015, 27 de junio y 21 de julio de 2016, y 16 de septiembre de 2017. Sostiene en esencia, que la interpretación jurisprudencial de los preceptos citados determinaría que, al haberse acordado la custodia compartida de los dos hijos menores, no procede otorgar el uso de la vivienda familiar (que es propiedad del recurrente) a ninguno de los esposos o, al menos, determinar una temporalidad en el uso de no más de dos años. Argumenta que la sentencia recurrida adopta su decisión con apoyo en una sentencia de la Sala que se refiere a un supuesto en el que la vivienda se adjudica al progenitor que ostenta con carácter exclusivo la custodia, mientras que en el presente caso se ha adoptado la custodia compartida. Alega que la esposa es empresaria y concejala del Concello de A Coruña, por lo que dispone de medios económicos para sufragar una vivienda en la que estar con los hijos menores durante los periodos que le correspondan. Expone que la esposa ha disfrutado del uso a la vivienda desde el auto de medidas provisionales de 9 de diciembre de 2014 y solicita que se case la sentencia de la Audiencia Provincial en el único sentido de declarar que el uso de la vivienda familiar quedará asignado a la Sra. Genoveva e hijos por el periodo de dos años contados desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

La Sra. Genoveva se opone al recurso sosteniendo que la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el artículo 96 CC porque al adoptar su decisión de adjudicación de la vivienda ha tenido en cuenta el principio de protección del menor. Argumenta que existe gran desproporción entre los

ingresos de los esposos, que los suyos son temporales, por proceder del ejercicio de una actividad política, que la vivienda forma parte de los alimentos y que si debe abandonar la vivienda familiar y costear una vivienda no podrá hacer frente a los gastos de los menores en una situación semejante a la que disfrutaban antes de la crisis.

El Ministerio Fiscal emite informe en el que solicita la estimación del recurso de casación.

La única cuestión jurídica que se plantea es la de la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de custodia compartida. La sentencia recurrida, tras revocar la de primera instancia, que lo había limitado a dos años, atribuye a la madre e hijos, sin límite temporal, el uso de la vivienda, que es propiedad del marido. No se ha recurrido la decisión de atribuir la guarda y custodia compartida a ambos progenitores, adoptada por el juzgado y confirmada por la Audiencia Provincial, ya que esta, valorando el interés de los menores, desestimó la apelación de la madre. Partiendo del presupuesto de que tal medida no se discute ahora, la atribución del uso de la que fue vivienda de la familia durante la convivencia de los padres debe llevarse a cabo valorando las circunstancias concurrentes, de modo que, de una parte, no resulte imposible el cumplimiento de la alternancia en los periodos en que a cada progenitor le corresponde vivir en compañía de los hijos y, al mismo tiempo, no se prive indebidamente al titular de la vivienda de sus derechos.

Criterios para atribuir la vivienda familiar en la guarda compartida.—En ausencia de una previsión legal en este caso esta Sala ha declarado que no procede la aplicación del artículo 96, párrafo 1.º, CC, dado que los hijos no quedan en compañía exclusiva de uno de los progenitores y ha venido entendiendo que debe aplicarse por analogía el párrafo 2.º de dicho precepto del que resulta que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, «el Juez resolverá lo procedente». En casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los periodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía. Ello requiere una ponderación de las circunstancias completas de cada caso, que pueden dar lugar a que no proceda hacer atribución de la vivienda familiar. Así sucedió en las SSTs 576/2014, de 22 octubre y 215/2016, de 6 abril. En el presente caso, la ponderación de las circunstancias realizada por las sentencias de instancia ha llevado a ambas a acordar la atribución de la vivienda a la Sra. Genoveva (durante dos años, según la sentencia de primera instancia y sin limitación temporal en la sentencia de apelación, sin perjuicio de la posibilidad de acudir en el futuro a un proceso de modificación de medidas). Lo que se discute ahora precisamente es si «lo procedente», en términos del segundo párrafo del artículo 96 CC, es la atribución indefinida del uso de la vivienda que fue familiar o, por el contrario, en palabras de la jurisprudencia de esta Sala, acordar una atribución temporal, dirigida a facilitar la transición a la nueva situación de custodia compartida.

Cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la Sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse

con el otro en una vivienda. Así se ha entendido en casos en los que la vivienda pertenecía a ambos cónyuges, valorando que si se atribuye a uno de ellos el interés del otro cotitular quedaría indefinidamente frustrado, al no permitirle disponer de ella, ni siquiera en los periodos en los que los hijos permanecerán con él y el de los hijos a relacionarse con su madre en una vivienda. De manera general, la atribución temporal del uso de la que fue vivienda familiar en casos de custodia compartida ha sido el criterio adoptado en supuestos en los que ambos progenitores perciben salarios que les permiten arrendar viviendas separadas, lo que justifica que no conste la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar *sine die* y se fije un límite temporal de tres años (sentencia 465/2015, de 9 de septiembre). Se trata, en definitiva, de facilitar la transición a la nueva situación de custodia compartida, como advierten diversas sentencias que oscilan entre un año y tres años, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Este último dato puede ser relevante cuando la vivienda es común (o la venta si es en copropiedad ordinaria), pues la liquidación de gananciales o la extinción de la comunidad y, en su caso, la extinción de la obligación de hacer frente al préstamo con garantía hipotecaria, puede colocar en un plazo razonable al progenitor con menos disponibilidad económica en condiciones de buscar una vivienda digna. Sin embargo, tampoco es un dato definitivo que permita considerar *a contrario* que, por no ser común la vivienda y no poder liquidarla para poder percibir un precio el progenitor menos favorecido económicamente no pueda proporcionarse una vivienda tal y como pretende la demandante ahora recurrida.

Esta Sala también ha considerado procedente la atribución temporal de la vivienda que fue familiar al progenitor no titular de la misma en casos de custodia compartida.

Así, en palabras de la sentencia 593/2014, de 24 octubre: «El problema para hacer efectivo este régimen de convivencia, es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso. También lo es cuando uno de ellos es titular de la vivienda en que la familia ha convivido y el otro carece de ella puesto que existe el riesgo de que no pueda cumplimentar esta alternancia en los periodos en que le corresponde vivir en compañía de los hijos, como es el caso. Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo 2.º que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver «lo procedente». «Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: En primer lugar, al interés más necesitado de protección que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo 3.º para los matrimonios sin hijos, y que no sería

posible en el supuesto del párrafo 1.º de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 CC (SSTS de 3 de abril y 16 de junio de 2014, entre otras). Pues bien, el interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia por lo que resta por analizar si se debe imponer una limitación del derecho de uso, armonizando los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda».

La STS 522/2016, de 21 de julio, sigue el mismo criterio para un caso en el que la vivienda era privativa del esposo y en el que la sentencia recurrida, atendiendo a la mala situación económica de la madre, atribuyó a la esposa el uso de la vivienda hasta que la hija alcanzase la mayoría de edad: se fija un plazo de dos años desde la sentencia de casación lo que, en la práctica, dio lugar a que, contando el tiempo en que había venido disfrutando del uso de la vivienda en virtud de las medidas provisionales, la esposa dispusiera de seis años para restablecer su situación económica.

Esta Sala considera que la sentencia recurrida, al atribuir a la madre el uso de la que fue vivienda familiar durante la convivencia del matrimonio, sin fijar un tiempo prudencial, no se ajusta a la interpretación y aplicación que debe realizarse del artículo 96 CC. Con apoyo exclusivo en la STS 282/2015, de 18 mayo, que reitera la doctrina de la Sala de que el párrafo 1.º del artículo 96 CC no permite establecer ninguna limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda a los hijos menores mientras sigan siéndolo, la sentencia recurrida aplica tal conclusión al caso litigioso, considerando irrelevante que haya adoptado la custodia compartida. Sucede, sin embargo que este razonamiento de la Audiencia Provincial no es coherente con la doctrina jurisprudencial de la Sala. En los casos de custodia compartida queda descartada la aplicación del párrafo 1.º del artículo 96 CC, por no concurrir el presupuesto de quedar los hijos en compañía de uno de los progenitores. El deber inexcusable de fallar, con arreglo al sistema de fuentes (art. 1.7 CC), ha llevado a esta Sala a considerar que el Juez debe resolver «lo procedente», mediante una aplicación analógica del párrafo 2.º del artículo 96, que así lo establece en los casos en que unos hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro. Lo que procede, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, es ponderar los intereses en juego, el de los hijos a disponer de una vivienda cuando estén en compañía de su madre y el del padre a disponer de una vivienda para cuando los hijos estén en su compañía.

La ponderación de las circunstancias concurrentes (la Sra. Genoveva, nacida en 1973, es licenciada en derecho, ha desempeñado una actividad empresarial, en la actualidad tiene un sueldo como Concejal del Ayuntamiento de A Coruña y desde el auto de medidas previas ha venido disfrutando de la vivienda) permite concluir que la limitación temporal del derecho de uso atribuido por la sentencia de primera instancia es coherente con la doctrina de esta Sala sobre adjudicación de la que fue vivienda familiar en caso de custodia compartida, y que se dirige a fijar un tiempo prudencial para que, de forma independiente, cada uno de los progenitores se procure una vivienda para cuando los hijos estén en su compañía.

Por todo lo expuesto, se estima el motivo del recurso, se casa la sentencia recurrida en el extremo concreto referido a la atribución sin limitación temporal del uso de la vivienda a la Sra. Genoveva, confirmando la sentencia del

Juzgado, que lo limitó al periodo de dos años. (**STS de 22 de septiembre de 2017**; ha lugar en parte.) [Ponente Excma. Sra. Dña. M.^a de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—La metodología empleada por el legislador en la reforma del Derecho de Familia, sobre todo a lo largo del presente siglo sigue originando nuevas dudas interpretativas que el Tribunal Supremo se esfuerza por resolver. Si la guarda compartida se ha llegado a considerar como la fórmula más beneficiosa para los hijos del matrimonio separado o divorciado, ahora se advierte la conveniencia de ofrecer una nueva fórmula del concepto de vivienda familiar que se adapte mejor a aquella. No será el único desajuste. En supuesto análogo resuelto por STS de 12 de mayo de 2017 se señala un plazo de tres años, en razón a las circunstancias concurrentes (sentencia extractada en *ADC* 2018, pp. 1719 ss., anotada por mí, p. 1721). Otros variados supuestos de guarda compartida, extractados y anotados por mí: STS de 16 de febrero de 2015, en *ADC*, 2016, pp. 1178 ss.; STS de 15 de julio de 2015, en *ADC*, 2017, pp. 326 ss.; STS 21 de diciembre de 2016, en *ADC*, 2017, pp. 1361 ss. (*G. G. C.*)

24. Separación: Modificación de medidas: Atribución de la vivienda a uno de los cónyuges.—El esposo instó mediante demanda presentada el 5 de septiembre de 2014 la modificación de las medidas definitivas, acordadas en sentencia de separación de 27 de septiembre de 2012, respecto de las pensiones alimenticias en favor de la esposa y los hijos y la atribución de la vivienda familiar instando que se le atribuyera al demandante en lugar de a la esposa. La demandada contestó a la demanda, solicitando la desestimación de la demanda y formulando reconvencción, en la que instaba que se devolviera el uso de la vivienda que le había sido atribuida en sentencia a sus legítimos propietarios considerando como tal a la hija de ambas partes, Remedios. El demandado se opuso a la reconvencción, alegando que, efectivamente, se trataba de vivienda familiar y el suyo era el interés más necesitado de protección. Así como que la vivienda era en realidad de su propiedad, siendo la titularidad registral de su hija como propietaria meramente formal. Se dio traslado al Ministerio Fiscal, que había interesado se le tuviera por personado y parte, presentó después escrito justificando su intervención por la existencia de hijos menores de edad, pese a que en autos consta que todos los hijos eran mayores de edad.

El 10 de junio de 2015, el Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción núm. 4 de Chiclana de la Frontera dictó sentencia, en autos de juicio de modificación de medidas estimando parcialmente la demanda, suprimiendo las pensiones de alimentos, desestimó la pretensión de atribución de la vivienda por considerar que es improcedente pronunciarse al respecto, al no tener el inmueble el carácter de vivienda familiar, finalmente desestimó la reconvencción.

El 18 de julio de 2016, la Sección 5.^º de la Audiencia Provincial de Cádiz, aclarada por auto de 7 de septiembre de 2016, corrigiendo el error en la identificación del juzgado de procedencia, estimó el recurso formulado por el demandante, considerando que el inmueble en cuestión tiene el carácter de vivienda familiar, porque así lo consideran las partes, que no recurrieron la sentencia de separación. Considera que es un hecho nuevo relevante el que

las personas a cuyo favor se estableció el uso de la vivienda ya no la ocupen ni reclamen tal uso y en función de ello atribuye el mismo al apelante/demandante. Hace expresa reserva de las acciones legales que pudieron corresponder a terceras personas en cuanto a la propiedad del inmueble. Contra dicha sentencia se interpone por la demandada recurso de casación.

La parte recurrente utiliza el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, que constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta de que el procedimiento se tramitó en atención a la materia. El recurso se articula en un motivo en el que se invoca la infracción de la doctrina de esta Sala sobre la atribución de la vivienda familiar, en dos aspectos: (i) No cabe pronunciamiento en el proceso de separación o divorcio respecto de inmuebles que no tengan el carácter de vivienda familiar. (ii) En caso de pronunciarse al respecto, en los supuestos en que los hijos son mayores de edad, sólo puede atribuirse el uso de la vivienda al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección y por tiempo limitado.

Son hechos acreditados y no contradichos que la vivienda fue familiar y en la que residió la esposa con los hijos, en virtud de atribución en el proceso matrimonial, no está ocupada por ella. La demandada reside actualmente en Alicante, ciudad a la que se trasladó. La vivienda es de titularidad registral de la común hija Remedios, la que declaró la obra nueva y edificó sobre finca indivisa. Remedios no ha sido parte en el procedimiento, siendo mayor de edad y vive independiente, habiendo manifestado su oposición a que el padre resida en la vivienda.

La recurrente plantea si es correcto que la Audiencia Provincial se pronuncie sobre la atribución al otro cónyuge del uso de dicha vivienda, en el supuesto de que se considere que no tiene el carácter de vivienda familiar. La vivienda no se encuentra ya ocupada por la esposa a quien se le atribuyó el uso y quien considera ya extinguido su derecho. Y si en caso de atribuirse dicha vivienda, debe serlo en todo caso fijando un límite temporal.

Gravamen para recurrir.—La recurrente no pretende la vivienda para sí, sino para una hija mayor de edad, entendiendo que su hija era la propietaria. La vivienda fue atribuida en procedimiento de separación conyugal a la esposa e hijos, pero la Sra. Marisa se trasladó de ciudad y los hijos son mayores de edad y no consta dependencia económica. A la vista de estas circunstancias, la Sala acordó oír a las partes sobre la existencia de gravamen. Estudiadas las alegaciones de las dos partes, procede declarar de acuerdo con el artículo 448 LEC que la Sra. Marisa ostenta legitimación suficiente para recurrir, dada la existencia de gravamen o potencial perjuicio que pudiera resultar de la tramitación del presente recurso dado que: (i) el presente procedimiento de modificación de medidas lo es de las acordadas en procedimiento de separación conyugal, con lo que se acuerde en el mismo, no cierra la vida jurídica del matrimonio; (ii) si se mantuviese la declaración de la vivienda como vivienda familiar, la Sra. Marisa quedaría afectada por las cuestiones económicas derivadas de esta atribución; (iii) la Sra. Marisa tendría que seguir litigando en futuros procedimientos de familia por la cuestión relativa a la vivienda familiar y siempre partiendo de lo que se declarase en la presente sentencia, la cual, por tanto, le afecta.

El artículo 448.1 LEC establece que se podrán recurrir las resoluciones judiciales perjudiciales que «afecten desfavorablemente» a las partes.

La sentencia 188/2012, de 27 de marzo declara que «el recurso de casación exige un interés para recurrir –gravamen–, el cual puede ser económico, o estrictamente jurídico, pero en todo caso ha de suponer que se pretende

eliminar un posible perjuicio u obtener un beneficio propio, que no tiene quien ha sido absuelto en la sentencia». La sentencia 582/2016, de 30 de septiembre declara a su vez que es presupuesto de admisibilidad del recurso en el proceso civil (...) que la resolución recurrida afecte desfavorablemente al recurrente, por lo general una parte del proceso aunque excepcionalmente pueda ser un tercero al que alcancen los efectos de la cosa juzgada; que ese gravamen ha de ser propio del recurrente, pues no puede recurrirse por el perjuicio causado a otro; y que, como regla general, el perjuicio ha de concretarse en la existencia de un pronunciamiento desfavorable en el fallo o parte dispositiva de la resolución, aunque excepcionalmente pueda recurrirse cuando las declaraciones contenidas en la fundamentación jurídica de la resolución generen por sí solas un perjuicio para el recurrente, sin que la mera disconformidad de la parte con los razonamientos de la resolución constituya por sí misma un perjuicio».

La STC 17/2003, de 15 de septiembre, declara que: «El verdadero núcleo se halla en la determinación de si es preciso, como presupuesto del recurso, que el perjuicio que el recurrente sufra derive precisamente de la parte dispositiva de la resolución judicial (...) Nuestro sistema procesal no permite mantener semejante solución. En este sentido (...) es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva. Y, sobre esta base, no existe razón alguna para negar, con carácter general, que la vía de los recursos pueda ser utilizada para la impugnación de aquellas declaraciones, so pretexto de una pretendida concepción de los recursos como limitados a aquellas pretensiones que tengan por objeto la alteración de la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida, concepción limitada que no encuentra un fundamento jurídico que la sostenga, máxime teniendo en cuenta que con la misma se están restringiendo las posibilidades de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, y, en consecuencia, afectando a un derecho fundamental de las mismas, el reconocido en el artículo 24.1 CE».

Estimación del recurso.—Con base en la siguiente doctrina: En la sentencia 284/2016, de 3 de mayo, la vivienda que fue familiar dejó de serlo por acuerdo entre los esposos y como consecuencia de la atribución al esposo del domicilio conyugal y la compra de otra vivienda por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija, quedando satisfechas las necesidades de habitación. La sentencia recupera el carácter familiar de la vivienda que dejó de serlo por voluntad de los interesados, y ello contradice la jurisprudencia de esta Sala. La atribución del uso a la menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, y esta tutela de los intereses del menor, siempre prevalentes, se procuró en su momento y se mantiene en la actualidad, que es ajena a las vicisitudes posteriores desde el momento en que dejó de tener el carácter al que la norma asocia el uso.

La sentencia 604/2016, de 6 de octubre, declara que la sentencia recurrida, utilizando el criterio del interés de los hijos mayores, contradice la doctrina de esta Sala, ha de ser casada, sin que ninguna influencia tenga el hecho de que existan otras viviendas al no ser posible fijar en procedimiento matrimonial el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, que es al que se refiere el artículo 96 CC.

La STS 191/2011, de 29 de marzo, dictada en un caso en que la madre que ostentaba la guarda había pasado a habitar con su hija una casa propia y el progenitor propietario pedía la devolución, dijo que «cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios (...) no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. (...) La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96 ni en el artículo 7 CC».

La STS 695/2011, de 10 de octubre afirma, con cita de la STS 178/2011, que «para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del Pleno de esta Sala de 18 de enero de 2010, la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges nada tienen que ver con los terceros propietarios».

De lo expuesto se deduce que hay que estimar el recurso dado que no se trata de vivienda familiar, ya que dejó de serlo desde que la esposa se trasladó a Alicante y tampoco consta que el demandante tenga el interés más necesitado de protección, todo ello sin perjuicio de las acciones que las partes crean ostentar sobre la propiedad del inmueble. En la sentencia recurrida se atribuye al esposo una vivienda en su consideración de que era familiar, cuando había dejado de serlo. La atribución a la esposa lo fue en consideración a la edad de los hijos, y esta variable ha desaparecido dada la independencia de los hijos y el traslado de la madre de ciudad.

Se estima el recurso, se casa la sentencia recurrida, y asumiendo la instancia se confirma íntegramente la sentencia de 10 de junio de 2015, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Chiclana de la Frontera. No procede imponer a la recurrente las costas de la casación, con devolución del depósito (arts. 394 y 398 LEC). **(STS de 27 de noviembre de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.] (G. G. C.)

25. Contrato de alimentos indefinido en convenio regulador.—El presente recurso tiene por objeto la cuestión de si cabe extinguir por desistimiento un contrato de alimentos pactado de manera voluntaria en casos en los que no existe una obligación legal de alimentos. Los antecedentes más relevantes para la decisión son los siguientes:

En un litigio anterior entre las mismas partes, esta Sala dictó la sentencia 758/2011, de 4 de noviembre. Esta sentencia que puso fin al proceso de su divorcio, confirmó las medidas adoptadas en el previo proceso de separación matrimonial que había aprobado el convenio regulador que las partes había suscrito el 17 de febrero de 2003. En ese convenio figuraba la cláusula 4.ª del siguiente tenor: «De las prestaciones que el esposo debe satisfacer a favor de la esposa para el levantamiento de las cargas familiares y asignación de pensión alimenticia al menor. 4.1) Alimentos a favor de la esposa. La esposa a partir de la focalización del presente convenio será contratada por D. Gonzalo, en los negocios que éste desarrolle en concepto de colaboradora-asociada,

con una percepción mensual equivalente a 6000 Euros de salario o contra-prestación neta, en el establecimiento denominado (...). Si por cualquier causa el esposo cambiara de explotación o de negocio, la obligación de mantenimiento del contrato de la esposa en calidad de colaboradora-asociada quedará subsistente, si bien podrá celebrarse sobre la nueva explotación de la que aquél fuera titular. Si el esposo incumpliera esta obligación o se produjera, a instancia de éste la resolución o cancelación antes mencionada, cualquiera que fuera la causa para ello, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales, desde ese mismo momento el esposo queda obligado a satisfacer una cantidad equivalente de 6000 Euros en concepto de alimentos a favor de la esposa, garantizando a ésta, en todo momento, una prestación mensual equivalente. En todo caso la contratación de la esposa y su derecho al percibo de la cantidad establecida como prestación alimenticia, se configura como personal e intransferible, como derecho inherente a la persona de la esposa, sin que ésta pueda cederlo a tercero».

La citada sentencia 758/2011 sentó la siguiente doctrina sobre la anterior cláusula: «El convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los excónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos». De esta forma la sentencia 758/2011 desestimó la pretensión sostenida por el esposo en el proceso de divorcio de excluir del convenio regulador la cláusula transcrita, relativa a los alimentos a la esposa. Entendía el esposo que, producido el divorcio quedaba extinguida la obligación de alimentos, porque desaparecido el vínculo conyugal la prestación a favor de la esposa en todo caso debía cobijarse como pensión compensatoria, que en el convenio se excluyó expresamente por la razón de que no había desequilibrio, dada la adjudicación de bienes que se hará a la esposa.

En el mes siguiente a la notificación de la sentencia 758/2011, el 17 de enero de 2012, don Gonzalo remite a doña Estíbaliz por conducto notarial la revocación formal del contrato de alimentos contenido en la cláusula 4.^a del convenio regulador que habían suscrito en 2003, invocando el criterio jurisprudencial que permite a cualquiera de las partes dar por terminados los contratos indefinidos mediante su denuncia o revocación unilateral. El 10 de octubre de 2014, don Gonzalo interpone demanda contra doña Estíbaliz en la que solicita que se declare resuelto el contrato de alimentos gratuito e indefinido contenido en la cláusula 4.1 del convenio regulador con efectos de 17 de enero de 2012 o, subsidiariamente, con efectos desde la fecha de la interposición de la demanda o desde la fecha de la que declare resuelto el contrato. La esposa se opuso alegando cosa juzgada (art. 222 LEC), y preclusión (art. 400 LEC.), por basarse el demandante en otros argumentos para solicitar lo que ya pretendió en el proceso de divorcio. Sostiene que la pensión se pactó con carácter indefinido, sin límite temporal, por lo que sólo procederá su extinción por fallecimiento y que carecen de relevancia las nuevas circunstancias del actor derivadas de su segundo matrimonio y de tener nueva descendencia.

El Juzgado desestima las dos excepciones procesales opuestas por la demandada y, entrando en el fondo desestima la demanda por considerar que las partes suscribieron un contrato del artículo 153 CC, producto de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC que, interpretado conforme a los artículos 181 y ss. CC, reconocía un derecho personalísimo, permanente, indefinido y vitalicio al que no le resultan de aplicación las causas de extin-

ción del artículo 152 CC. Don Gonzalo interpone recurso de apelación. Doña Estíbaliz se opone al recurso, pero no impugna la sentencia de primera instancia en lo que le sea desfavorable (art. 461.1 LEC), por lo que la Audiencia Provincial, sin entrar a analizar la cosa juzgada, circunscribe su análisis a los estrictos términos objeto del recurso de apelación, conforme al artículo 465.5 LEC, según la cual la resolución «no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.»

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación del demandado con apoyo en la sentencia 758/2011, argumentando: (i) No se trata de la obligación legal e imperativa de alimentos entre parientes, sino de unos alimentos voluntarios y asumidos contractualmente por el obligado a prestarlos, por lo que si hubiera querido establecerse un límite temporal a la prestación alimenticia así se hubiera hecho constar y, no haciéndolo así, es de suponer que la obligación pactada tenía una firme voluntad de permanencia en el tiempo; (ii) La sentencia 758/2011, confirmó las medidas adoptadas en los autos de separación de mutuo acuerdo de las partes, que podrán ser modificadas cuando se alteren las circunstancias, pero que no concurren en el caso los presupuestos para la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*» porque las posibles alteraciones que hayan podido experimentar las partes desde el divorcio obedecen al devenir de los negocios cuya titularidad ostentaban y al entramado de complejas relaciones económicas y diferentes interpretaciones que sobre las mismas mantienen, que han dado lugar a varios procedimientos judiciales entre ellos, fundamentalmente dirigidos a la extinción de la copropiedad de las acciones y participaciones de diferentes sociedades. (iii) No puede equipararse el contrato celebrado por las partes al arrendamiento, en el que el elemento temporal está ínsito en la ley (art. 1543). Tampoco a los contratos de duración indefinida como el de obra, la sociedad, el mandato, el comodato o el depósito, en los que se admite la resolución unilateral como excepción al artículo 1256 CC, siempre que sea de buena fe y se ejercite de forma no abusiva, porque en el caso el marido quedó vinculado a pagar la pensión en caso de incumplimiento de la obligación preestablecida de contratación, o en caso de resolución de la contratación laboral y aun para el caso de que la esposa incumpliere sus obligaciones laborales. (iv) Los alimentos contractuales se rigen por lo pactado y solo subsidiariamente por las normas de alimentos entre parientes. En el caso no concurren las circunstancias del artículo 152.2.º CC de venir el alimentante a peor fortuna porque, además de la nómina que admite percibir, se ha adjudicado 1.348.791,16 euros de la liquidación de gananciales y aun quedan dos sociedades vigentes. Tampoco concurre la circunstancia del artículo 152. 3.º porque convinieron ambos cónyuges que en la liquidación se adjudicarán mayores liquidaciones a la esposa para compensar el desequilibrio que le suponía el divorcio, además de que la prestación alimenticia es una consecuencia del incumplimiento de la obligación de contratación de la esposa en el negocio que el esposo ostentaba en ese momento o del que pudiera ser titular con posterioridad.

Don Gonzalo interpone recurso en el que solicita la casación de la sentencia y que se dicte otra en el sentido solicitado en su demanda. Se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del artículo 152 CC, en relación con los artículos 1255 y 1583 CC. Doña Estíbaliz presenta escrito de oposición al recurso en el que sostiene que la sentencia 758/2011 calificó el pacto como un contrato de alimentos oneroso, regulado en los artículos 1791 y ss. CC, y que se mantiene en la actualidad la situación de falta de contrata-

ción de los servicios de doña Estfbaliz, por lo que subsiste la causa que dio origen al pacto alimenticio 4.1 del convenio, siendo inoperantes las causas de extinción referidas a las causas sobrevenidas.

La Sala considera oportuno exponer previamente algunas previsiones. 1.^ª) Doña Estfbaliz reitera la excepción que opuso en la contestación de la demanda de cosa juzgada, al entender que la sentencia 758/2011 impedía volver a pronunciarse sobre la extinción de los alimentos. Sucede que la sentencia de la Audiencia Provincial fue favorable a doña Estfbaliz, al confirmar la desestimación de la demanda, de ahí que no está previsto el trámite de impugnación en el recurso de casación. Pero lo cierto es que tampoco impugnó la sentencia de primera instancia en lo que le fuera desfavorable, por lo que la Audiencia Provincial no se pronunció, ni tampoco puede hacerlo ahora esta Sala, sobre la excepción de cosa juzgada y preclusión que, por lo demás, de manera razonable, el juzgado desestimó con el argumento de que en el primer proceso se trataba de la extinción de alimentos pactados en convenio regulador como consecuencia del divorcio y el demandante ahora recurrente inicia el presente proceso alegando la extinción de la obligación por haber cesado la causa de liberalidad, por lo que debe admitirse el desistimiento, así como por la concurrencia de las causas de extinción del artículo 152 CC.

En atención a la seguridad jurídica debemos partir de la interpretación que de la cláusula 4.1 del convenio regulador suscrito por las partes hizo la sentencia de esta Sala 758/2011: «El recurso presenta interés casacional, por resolver cuestiones sobre las que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en la aplicación de los artículos 155 y 1255, y 90 y 91 CC sobre la compatibilidad del divorcio con el mantenimiento de los pactos que establecen alimentos entre los firmantes del convenio regulador en un procedimiento de separación previo. Dice que la interpretación de la sentencia recurrida es «totalmente equivocada» y que no hay doctrina unánime en las Audiencias Provinciales, que se pronuncian de manera contradictoria. A favor de la validez del pacto de reconocimiento de una prestación de alimentos en un convenio regulador: varias resoluciones de la Audiencia Provincial de Barcelona y de la Audiencia Provincial de Málaga (Melilla). En contra, varias sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, Murcia y Cádiz.

En consecuencia de estos argumentos, el recurso pide que se pronuncie la Sala en unificación de doctrina. El motivo se estima.

El convenio regulador como negocio jurídico de Derecho de familia.— El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga con ocasión de la crisis matrimonial y que puede presentar un contenido atípico. La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la STS de 22 de abril de 1997, que puso de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: «en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 CC». Del mismo modo, pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en unas capitulaciones matrimoniales, ya sea en documentos complementarios. De aquí se deduce que los cónyuges pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador, que tendrá las características del artículo 153 CC, se tratará de

alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se registrarán por lo dispuesto en el artículo 1791 CC, o gratuitos, como ocurre en este caso. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría porque los contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges. Nada obsta a que el convenio regulador de separación regule de forma voluntaria los efectos económicos del divorcio, siempre y cuando las circunstancias lo permitan.

La sentencia recurrida califica correctamente el acuerdo entre los cónyuges como un pacto que contenía «una verdadera prestación alimenticia», lo que aparece confirmado por la conducta posterior de las partes. Sin embargo, no tiene en cuenta que dicha prestación debe mantenerse en el procedimiento de divorcio, dada su naturaleza de contrato. En efecto, el divorcio no puede constituir una causa de cese de los efectos del contrato sobre los alimentos, porque: a) hay que reconocer la validez del pacto en virtud de la autonomía de la voluntad de los cónyuges; b) de acuerdo con las cláusulas del propio convenio, la prestación de alimentos pactada viene a constituir una forma de compensar a la esposa, que era propietaria del 50% del negocio en el que el marido decía contratar sus servicios, de modo que en caso de incumplimiento del contrato o de cesación en la actividad por cualquier causa, se establecían estos llamados «alimentos», que en realidad no constituyeron una consecuencia de la crisis matrimonial, sino de las relaciones económicas, no claramente explicadas, que mantenían los cónyuges, y c) en el propio convenio no se determinó la forma o causa de cesación del derecho voluntariamente establecido. La razón por la que la sentencia 758/2011 declaró que procedía mantener la obligación de satisfacer el derecho de alimentos establecido en el convenio regulador de separación, a pesar del divorcio, era que no se trataba del derecho legal de alimentos, sino de una obligación de origen voluntario, nacida de un contrato, válido al amparo de la autonomía de la voluntad. La cuestión jurídica que se plantea ahora es la de si procede admitir como causa de extinción del derecho de alimentos pactado voluntariamente, el desistimiento unilateral del obligado. El esposo pretende que se declare extinguida su obligación porque considera que no se trata de un vitalicio, que se prolongaría hasta el fallecimiento de la alimentista, sino de un contrato de alimentos indefinido, regulado por el artículo 153 CC. Argumenta que es un contrato gratuito, basado en la pura liberalidad, que ya ha cesado, y que resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial que permite poner fin a los contratos de duración indefinida mediante declaración unilateral.

El recurso se desestima por las siguientes razones. La sentencia recurrida no infringe el artículo 152 CC sobre extinción de los alimentos entre parientes. Salvo pacto en contrario, al derecho de alimentos que nace de un contrato no le son de aplicación las causas de extinción del artículo 152 CC, por lo que la sentencia recurrida, al entenderlo así, no infringe el precepto. Aunque el artículo 153 establece que las disposiciones que se ocupan de los alimentos entre parientes en el Código Civil son aplicables a los casos en que por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo cierto es, sin embargo, que el alcance de esa remisión legal es muy limitado. En efecto, los alimentos contractuales no se fundamentan necesariamente en la situación de necesidad del beneficiario ni dependen de la situación económica de los contratantes. Por eso, en el contrato de alimentos que regula el Código Civil, la extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerán de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni las del caudal de quien los recibe (art. 1793 CC).

Por eso las causas extintivas no son las aludidas en el artículo 152, salvo la muerte del alimentista (art. 1794 CC). Pero, en cambio, el alimentista puede optar por resolver el contrato si se incumple la obligación de alimentos (art. 1795) y son de aplicación las causas generales de extinción de las obligaciones.

Aparte de que la cita del artículo 1255 CC por sí misma es demasiado genérica para fundar el recurso de casación, la sentencia recurrida no infringe la autonomía privada, porque respeta el acuerdo alcanzado por las partes en el año 2003. Al amparo de aquel cabe que las partes pacten una variedad heterogénea de tipos de contratos en función de sus intereses: contratos de naturaleza personal o real, con causa onerosa o gratuita, a cambio de contraprestación o sin ella y durante cualquier espacio de tiempo. En el caso litigioso, las partes incluyeron en el convenio regulador una obligación de pago de una renta mensual a cargo del marido y a favor de la mujer que era consecuencia de las relaciones económicas que mediaban entre ellos. La causa del contrato no era la mera liberalidad, la generosidad del esposo, ni respondía a un acto desinteresado. No es un contrato gratuito ni procede una interpretación a favor de la menor transmisión de derechos, contra lo que sostiene el recurrente con invocación de los artículos 1274 y 1289 CC.

La sentencia recurrida, al considerar que la obligación del ex marido no se ha extinguido por su declaración de revocación y que tampoco procede la declaración judicial de extinción por ese motivo, no contradice la doctrina jurisprudencial que reconoce una facultad de desistimiento en los contratos en los que no se ha acordado una duración predeterminada porque tal doctrina no resulta de aplicación en este caso. En el ámbito del contrato de alimentos, la admisibilidad del desistimiento unilateral, es polémico en la doctrina jurisprudencial. (i) Así la sentencia 415/1965, de 28 de mayo, confirmó la interpretación del contrato realizada por la Audiencia Provincial, porque consideraba con criterio lógico lo convenido por las partes, sin que hubiera infracción del artículo 1256 CC, al considerar incluida en el contrato concertado la facultad del alimentista de recuperar la finca abonando los gastos de manutención y medicinas generados hasta entonces. Se consideró que sería absurdo un compromiso que obligara al alimentista a convivir hasta su fallecimiento con los alimentantes, por lo que era lógico que pudiera dejar sin efecto en cualquier momento el contrato concertado, exonerando a la otra parte de sus deberes de cuidado. Esta conclusión se alcanzó a la vista de las condiciones de un contrato en el que las partes simulaban una venta de la finca por parte de la alimentista a los alimentantes y en el que la primera se reservaba la facultad de recuperar la finca sin pagar precio pero abonando los gastos, incluidos los de alimentos y medicinas que hubiera originado su cuidado hasta entonces. (ii) Esta doctrina fue aceptada por la sentencia 302/1972, de 29 de mayo: La sentencia rechazó que constituyera infracción del artículo 1256 CC la atribución en el contrato de la facultad del acreedor de alimentos de prescindir voluntariamente de ellos, porque no podía ser obligado a la convivencia ni a recibir asistencia y cuidado. En el caso fue la propia acreedora de alimentos quien planteó la cuestión por primera vez en casación, en un pleito en el que había solicitado la declaración de nulidad por simulación por falta de precio de una escritura de venta de una finca. La Sala descartó que se tratara de una compraventa porque la causa fue el compromiso de la adquirente de habitar con la otorgante, prestarle alimentos y cuidarle. (iii) Con posterioridad la sentencia de 2 de julio de 1992 da por buena esta doctrina. En el caso se había ejercido con éxito la resolución del contrato a instan-

cia del alimentista, que solicitaba la restitución de las fincas transmitidas por incumplimiento de la alimentante de sus obligaciones de cuidado y asistencia; la alimentante alegó en casación la aplicación por analogía de los artículos 1802 y 1805 que permiten al perceptor de los alimentos reclamar su cumplimiento pero no resolver el contrato. Para rechazar esta tesis, la Sala, con cita de la sentencia 415/1965, afirma que el vitalicio es un contrato autónomo, diferente de la renta vitalicia, en el que también se puede pactar el apartamiento unilateral cuando los alimentos cuando los alimentos hayan de prestarse en régimen de convivencia.

En definitiva, la doctrina de estas sentencias no es ajena a la consideración de los problemas de convivencia que pueden surgir en el ámbito de una relación de cuidado en la que el alimentante (deudor de los alimentos) se obliga a tener al alimentista (acreedor de alimento) en su compañía. Contemplan además casos en los que la facultad de desistimiento se atribuye al acreedor de alimentos en virtud del contrato, lo que se considera lógico cuando se trata de «vitalicio» y no de «renta vitalicia». Junto a ello, se tienen en cuenta los efectos del ejercicio de tal facultad, de modo que el alimentista podría recuperar «el capital» que cedió a cambio de los alimentos, sin perjudicar al alimentante, que tendría derecho al abono de los gastos (incluidos los de manutención en que hubiera incurrido antes de que se pusiera fin a la relación).

La regulación del contrato de alimentos introducida en el Código Civil en 2003 permite a cualquiera de las partes exigir la transformación de la prestación de alimentos en una pensión cuando se haya pactado la convivencia y concurren circunstancias graves que impidan la pacífica convivencia (art. 1792 CC).

El Código civil no contempla la posibilidad de desistimiento. Sí lo hace, en cambio, para el vitalicio, la Ley gallega 2/2006, de 14 junio, de Derecho civil, que permite a quien se ha comprometido a prestar alimentos hasta el fallecimiento del alimentista a desistir del contrato, pero restituyendo los bienes que haya recibido en virtud del contrato mientras que, a quien recibe los alimentos, solo le reconoce la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento de la prestación alimenticia (arts. 152 y 153).

El Código civil tampoco contempla que se pueda pactar un desistimiento unilateral. Sin embargo, no lo excluye y es evidente que quedaría amparado por el artículo 1255 CC. Este pacto no sería contrario al artículo 1256, dado que «no significa ni representa entregar la validez y cumplimiento de un contrato a uno de los contratantes, sino autorizar para que pueda poner fin a una situación jurídica determinada y expresamente convenida» (sentencias 746/1999, de 22 septiembre, y 314/2004, de 13 abril). Desde esta perspectiva, se recoge expresamente la extinción del contrato de alimentos por el desistimiento unilateral del contratante en la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil.

En ausencia de revisión legal y de pacto que la otorgue, debe negarse la facultad unilateral de extinguir la obligación de pago de una renta pactada voluntariamente. De una parte, porque en la obligación de pagar periódicamente una renta no juega la especialidad de la prestación de alimentos en régimen de convivencia, que permitiría, en las condiciones apuntadas anteriormente, aun sin pacto expreso, reconocer la facultad de desistimiento. De otra parte porque, tanto si se establece por tiempo determinado fijado expresamente como si se hace por referencia a un acontecimiento, la obligación no carece de plazo de duración. Incluso si ese acontecimiento es la muerte de una persona determinada (arts. 1791 y 802 CC) porque, por mucho que sea

incierto, es seguro que ha de llegar. Otra cosa es que la obligación pudiera modificarse o incluso quedar extinguida si su cumplimiento resultara imposible o extraordinariamente oneroso como consecuencia de un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento del nacimiento de la obligación, lo que en el presente caso fue descartado por la sentencia recurrida y el recurrente ya no plantea en casación.

En el presente caso litigioso, la razón de la obligación de pago de la renta se conectaba a los negocios de los ahora exesposos y el pago de la cantidad pactada era subsidiaria del salario que correspondería a la esposa por su contratación como colaboradora-asociada en los negocios que el marido desarrollara, incluso si cambiaba de explotación o negocio. Subsidiaria del salario porque la obligación de satisfacer la prestación mensual pactada como «alimentos» nacía en el caso de que el esposo incumpliera la obligación de contratarla o resolviera o cancelara el contrato por cualquier causa, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Dado ese carácter subsidiario del salario, aunque se pudiera entender que la obligación se pactaba hasta la edad de la jubilación de la esposa y no hasta su fallecimiento, es evidente que antes de ese momento la sola voluntad del obligado no permitiría extinguir la relación. No solo por tener plazo de duración sino porque en caso contrario quedaría en sus manos la subsistencia del pago de la cantidad mensual pactada, algo que el convenio quiso evitar al declarar que se «garantizaba» a la esposa la prestación mensual tanto si la contrataba, como si no lo hacía como si, después de contratarla ponía fin al contrato por cualquier causa.

Procede desestimar el recurso, con imposición de costas. (STS de 20 de noviembre de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.^a de los Angeles Parra Lucán.]

NOTA.—Supuesto de hecho extraordinariamente complejo, debido, en parte, a las singulares relaciones mantenidas *inter partes*, antes, durante y después de su litigio matrimonial, no siempre bien aclaradas. La sentencia trata de determinar con claridad el objeto del proceso para aplicar la regla adecuada y justa. Empeño, a mi juicio, claramente logrado. (G. G. C.)

26. Sociedad de gananciales: Indemnización por incapacidad permanente absoluta percibida por uno de los cónyuges antes del divorcio.—

Los antecedentes más relevantes son los siguientes: Doña Sacramento y don Rosendo contrajeron matrimonio el 4 de noviembre de 1989. El 6 de mayo de 2013 se admite a trámite la demanda de divorcio y el 25 de septiembre de 2013, doña Sacramento presenta solicitud de formación de inventario, al amparo del artículo 808 LEC. Citados los cónyuges, en el acto celebrado el 19 de diciembre de 2013 don Rosendo manifiesta que se opone parcialmente a la propuesta presentada por doña Sacramento. En el mismo acto, cada una de las partes solicita la inclusión en el inventario de otras partidas sobre las que tampoco alcanzan un acuerdo. Conforme al artículo 809 LEC, se ordena la continuación de la tramitación conforme a los trámites del juicio verbal. Los litigantes discrepan acerca de la naturaleza, privativa o ganancial, de la indemnización en concepto de incapacidad permanente absoluta percibida por don Rosendo antes del divorcio, abonada por la compañía aseguradora Antares, que tenía concertada con la Telefónica en la que trabajaba éste una

póliza de seguro colectivo que cubría el siniestro acaecido. Doña Sacramento defiende que la indemnización es ganancial, de acuerdo con el artículo 1347 CC, porque la indemnización se percibe por un beneficio social que concede la empresa a sus trabajadores y no se indemnizan los daños sufridos (art. 1346.6.º CC), ni es inherente a la persona (incluido en el art. 1346. 5.º). Don Rosendo argumenta que, de acuerdo con el artículo 1346, la indemnización es privativa, pues ha sido abonada por un seguro como consecuencia de haber sido incapacitado para toda profesión, por lo que se trataría de un bien inherente a la persona incluido en el artículo 1346.5.º CC. La sentencia del Juzgado estima parcialmente la demanda y declara que el activo del inventario de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por los litigantes se encuentra constituido por la «indemnización percibida por don Rosendo por el importe bruto de 107.046,25 euros, deduciendo 47,52 euros, y líquido de 67.486,67 euros (37 % de retención)». El Juzgado cita las SSTs de 25 marzo 1988, 26 junio 2007 y 18 junio 2008, así como algunas sentencias de las Audiencias Provinciales de Granada y Sevilla. Razona así: «La indemnización por incapacidad permanente absoluta recibida en base a la póliza de seguro fue percibida por el Sr. Rosendo antes de la sentencia de divorcio y mientras estaba vigente la sociedad de gananciales. Debe ser considerada como activo de la sociedad de gananciales porque la jurisprudencia ha señalado que las cantidades percibidas en concepto de indemnización por un cónyuge por una póliza de seguros que cubra el riesgo de invalidez no constituyen un bien privativo incluido en el artículo 1346.6 CC, sino que se integra en el contenido del artículo 1347. 1 CC. El Tribunal Supremo ha establecido que las indemnizaciones obtenidas por uno de los cónyuges por una póliza de seguros que cubría el riesgo de invalidez, no están incluidas en el artículo 1346.6 CC, porque su carácter es totalmente económico o patrimonial, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con este, por ser una consecuencia económica y permanente que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente, ingresa en el patrimonio conyugal, que al disolverse la sociedad de gananciales ha de liquidarse y repartirse».

Don Rosendo interpone recurso de apelación en el que, entre otras cuestiones, impugna la calificación de la indemnización como bien conyugal. La Audiencia lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia. Basa su decisión en que no existe diferencia en este punto entre el régimen civil de gananciales y el navarro de conquistas. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia, basándose en que no existe diferencia en este punto entre el régimen del Código Civil y el navarro de conquistas, y en que las otras dos sentencias citadas por el Juzgado aplican el Código Civil.

Don Rosendo interpone casación en su modalidad de interés casacional, que identifica con la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. La indemnización percibida por don Rosendo afecta a su aptitud o capacidad laboral, por lo que es un bien inherente a la persona y debe calificarse como bien privativo del artículo 1346.5.º y no como bien ganancial del artículo 1347.1.º CC. Argumenta que después de la sentencia de la Sala de 25 de marzo de 1988, ha habido un cambio de criterio a partir de la STS de 22 de diciembre de 1999 (que se refiere a la indemnización cobrada al amparo de un plan de bajas anticipadas que colocó al esposo en situación de jubilación). La postura mayoritaria de las Audiencias Provinciales es la de considerar que la indemnización por incapacidad absoluta

tiene carácter privativo. No es aplicable la doctrina de las sentencias citadas por las dos sentencias de instancia porque son supuestos diferentes: de una parte porque en el presente caso el pago de la póliza concertada por la empresa para la que trabajaba el esposo se hacía por la propia empresa, no por el trabajador; de otra parte, porque la indemnización percibida no se calculaba en función del salario del trabajador, sino de la cantidad fijada en el contrato de seguro.

Doña Sacramento presenta escrito de oposición, alegando que las sentencias aportadas no son aplicables al caso por referirse a supuestos diferentes. No se trata de una indemnización procedente del Instituto Nacional o de la Tesorería General de la Seguridad Social, donde la concesión de la indemnización determina la imposibilidad de prestar un servicio o actividad, sino ante una cobertura de un seguro que determina única y exclusivamente un monto económico con independencia de la causa para su concesión. Concluye que, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, la indemnización por incapacidad permanente absoluta recibida en base a una póliza de seguros que cubra el riesgo de invalidez no constituye un bien privativo incluido en el artículo 1346.6.º, sino que se integra en el contenido del artículo 1347.1 CC.

Primero la Sala rechaza el óbice de inadmisibilidad del recurso, pues concurre interés casacional suficiente ya que no existe jurisprudencia sobre el caso, y está recibiendo respuestas diferentes en las distintas Audiencias Provinciales. La única sentencia de la Sala que se ocupa de la indemnización por invalidez permanente absoluta pagada a un cónyuge por un seguro de grupo concertado por la empresa en la que trabajaba es la de 25 de marzo de 1988. En otras sentencias la Sala se ha pronunciado sobre la naturaleza privativa o ganancial de pensiones e indemnizaciones de diferente naturaleza y función cobradas por los cónyuges en circunstancias no idénticas. Así: (i) Sobre indemnización por despido cobrada durante la vigencia de la sociedad; (ii) sobre indemnización por despido cobrada después de la vigencia de la sociedad, (iii) sobre planes de pensiones contratados por la empresa; (iv) sobre jubilación anticipada; (v) sobre pensión de jubilación. La jurisprudencia recaída en los mencionados casos se ocupan de prestaciones e indemnizaciones reconocidas, por la ley o por acuerdos voluntarios (seguros privados concertados por el cónyuge y seguros colectivos de mejora de las prestaciones sociales contratados por la empresa, con diferente procedencia del dinero empleado para la satisfacción de las primas, aportaciones o cotizaciones) que cubren riesgos o acontecimientos de diferente naturaleza, y, por tanto, cumplen distinta función. Además, según los casos, las prestaciones y las indemnizaciones se han devengado, totalmente o solo en parte, durante la vigencia de la sociedad y se han podido cobrar, durante la vigencia de la sociedad o con posterioridad a su extinción, bien como pensión o mediante el pago de un capital. De ahí que, en cada caso, deba analizarse el carácter ganancial o privativo de las indemnizaciones y de las pensiones en función de su naturaleza sustitutiva del salario o del carácter compensatorio que de un bien privativo deba atribuírseles. En consecuencia, ante la riqueza y heterogeneidad de los supuestos que pueden suscitarse en la realidad práctica, a efectos de no oscurecer el razonamiento, conviene precisar que, dada la naturaleza del recurso de casación, esta sentencia se pronuncia exclusivamente sobre el problema jurídico debatido en el presente recurso: la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia del régimen de gananciales en virtud de una póliza concertada por la empresa en que trabajaba.

La Sala se aparta del criterio seguido en un caso semejante por la STS de 25 de marzo de 1988, y entiende que concurren razones para sostener que la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad en virtud de una póliza colectiva de seguro concertada por la empresa para la que trabajaba tiene carácter privativo, y ello por las siguientes razones:

1.^ª) En ausencia de norma expresa sobre el carácter privativo o ganancial de determinado bien o derecho, la resolución de los conflictos que se susciten debe atender a la naturaleza del derecho y al fundamento por el que se reconoce, aplicando los criterios que la ley tiene en cuenta para supuestos semejantes.

2.^ª) La invalidez permanente es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presente reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. En la legislación de la Seguridad Social, la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasifica en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado. En particular, lo característico de la incapacidad permanente absoluta es que el trabajador está inhabilitado por completo para toda profesión u oficio, con independencia de que la situación sea revisable y de que el cobro de la pensión vitalicia sea compatible, hasta la edad de acceso a una pensión de jubilación, con actividades lucrativas compatibles con la incapacidad absoluta (arts. 136, 137, 139 y 141 del RDL 1/1994 de 20 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, objeto de modificaciones puntuales en varias ocasiones y de desarrollos reglamentarios y, en la actualidad, de lo dispuesto en los artículos 193, 194, 196.3, 198 y disposición transitoria vigésima sexta del RDL 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

En consecuencia, por su propia naturaleza y función, la titularidad de esta pensión guarda una estrecha conexión con la personalidad (es inherente a la persona, art. 1346.5.º CC) y con el concepto de resarcimiento de daños personales (art. 1346.6.º, con independencia de que hayan sido «inferidos» por otra persona, sean consecuencia de un accidente o procedan de una enfermedad común). Atendiendo, por tanto, a los criterios presentes en los apartados 5.º y 6.º del artículo 1346, la titularidad de la pensión derivada de una incapacidad permanente debe ser calificada como privativa. En efecto, tal pensión dispensa protección a quien ve mermada su capacidad laboral como consecuencia de una enfermedad o de un accidente; se dirige a compensar un daño que afecta a la persona del trabajador, la ausencia de unas facultades que tenía y que ha perdido, lo que en el futuro le mermará las posibilidades de seguir obteniendo recursos económicos por la aplicación de esas facultades. El reconocimiento del carácter privativo de la pensión tiene como consecuencia que, después de la disolución de la sociedad, el beneficiario no debe compartir la pensión con su cónyuge (ni, en su caso, con los herederos del cónyuge premuerto).

Cuestión distinta es que, en ausencia de norma específica que diga otra cosa, las cantidades percibidas periódicamente durante la vigencia de la sociedad tienen carácter ganancial, dado que el artículo 1349 CC no distingue en función del origen de las pensiones y atribuye carácter común a todas las cantidades devengadas en virtud de una pensión privativa durante la

vigencia de la sociedad, a diferencia de lo que hacen otros derechos, como el aragonés (arts. 210. 2.º y 212 del Código de Derecho Foral de Aragón).

3.ª) Junto a las prestaciones de la Seguridad Social básica o pública, son posibles mejoras voluntarias implantadas por la iniciativa privada, dirigidas a incrementar las coberturas. Una de las fórmulas es la del seguro. Así sucede en este caso en que la Telefónica tenía concertada con Antares una póliza de seguro colectivo. La indemnización pagada por la aseguradora que cubre la contingencia de la incapacidad permanente se dirige, al igual que el reconocimiento derivada de la incapacidad, a reparar el daño que deriva de la merma de la capacidad laboral y sus consecuencias económicas respecto de los eventuales ingresos derivados del trabajo. Con independencia de que el pago de las cuotas del seguro lo realizara la empresa para la que trabajaba el beneficiario, el hecho generador de la indemnización es la contingencia de un acontecimiento estrictamente personal, la pérdida de unas facultades personales que en cuanto tales no pertenecen a la sociedad. Que la sociedad se aproveche de los rendimientos procedentes del ejercicio de la capacidad de trabajo no convierte a la sociedad en titular de esa capacidad. El contenido económico de la indemnización y que, una vez percibida, resulte transmisible, no hace perder a la indemnización su carácter privativo e inherente a la persona. Puesto que la indemnización está destinada a asegurar una utilidad personal al cónyuge beneficiario no sería razonable, dada su función, que al disolverse la sociedad correspondiera una parte al otro cónyuge (o, incluso, en su caso, a los herederos del cónyuge).

Aplicando lo expuesto al caso litigioso debe concluirse que la indemnización percibida por don Rosendo tiene carácter privativo, y, al no entenderlo así la sentencia recurrida, infringe el artículo 1346 CC y debe ser casada. En su lugar, asumiendo la instancia, y en virtud de todo lo razonado, procede dictar sentencia por la que se estima parcialmente el recurso de apelación de don Rosendo (en el que discutía otras partidas del inventario que no han sido objeto de impugnación en el presente recurso) y declaramos que es privativa la indemnización que percibió por la póliza de seguro de incapacidad permanente absoluta en el importe bruto de 107.046,27 euros (líquido de 67.486,67). No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de las instancias, ni se impongan las costas del recurso a ninguna de las partes. Conforme al apartado 8 DA 15.ª LOPJ, procede devolver el depósito constituido para interponer el recurso de casación a la parte recurrente. **(STS de 14 de diciembre de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excm.a. Sra. Dña. M.ª Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—Al margen de aspectos particulares, el hecho de haberse dictado esta resolución por el Pleno de la Sala 1.ª me permite dejar constancia de una propuesta personal que trata de dar respuesta a cuestiones generales: ¿Por qué no modificar los aspectos procesales de los juicios familiares? ¿Por qué no ofrecer cauces que permitan a los jueces y tribunales dar mejor cumplimiento al *bonum filii*, principio que, al parecer, suscita ahora adhesión generalizada? Quizá convenga recordar el reciente ejemplo del legislador suizo, que codificó civil y mercantilmente de modo ejemplar en 1907 y 1912, y ha esperado nada menos que al siglo XXI para codificar y unificar el Derecho procesal (hasta entonces, meramente cantonal). Sin embargo, el ejemplo que me inspira es directamente el japonés que conozco por haber visitado el Tribunal Supremo, a fines del siglo pasado, con ocasión de un Congreso internacional organizado

por la Asociación internacional *Family Law*, y haber planteado cuestiones que amablemente me contestaron.

He aquí la reforma que se propone:

Que los litigios sobre todas las cuestiones de Derecho de Familia en ambas instancias, en casación y revisión, se resuelvan por Tribunales pluripersonales que se configuren como una especialidad o subclase de la jurisdicción civil.

Que sea obligatorio en toda clase de litigios familiares la sumisión previa del conflicto a la intervención de los mediadores, ya sean propuestos de acuerdo por los litigantes o, subsidiariamente, de oficio. Si las partes aceptan la decisión del órgano mediador se producirá el efecto de la cosa juzgada.

Si se observa entre nosotros que las sucesivas reformas parciales, de forma más bien tímida parecen encaminarse en la dirección indicada ¿Por qué no dar el paso legislativo definitivo? (G. G. C.)

27. Sociedad de gananciales: Liquidación por divorcio: Calificación de clínica dental en la que ha colaborado la esposa.—Los antecedentes más relevantes son los siguientes: Doña Francisca y don Juan Enrique contrajeron matrimonio el 3 agosto 2001. Tras el divorcio, establecido por sentencia de 22 abril 2010, el 6 marzo 2013 presenta don Juan Enrique demanda de liquidación del régimen económico matrimonial. Citados los cónyuges, en el acto celebrado el 16 de abril de 2013, no alcanzan un acuerdo sobre varias partidas. Conforme al artículo 809 LEC, se ordena la continuación de la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal. La principal discrepancia se refiere a la naturaleza, privativa o ganancial, de la clínica dental, pues doña Francisca defiende que es ganancial, por tener un valor cierto de fondo de comercio, independiente del valor del inmueble y de los elementos de equipamiento, mientras que don Juan Enrique argumenta que la clínica es privativa, por constituir mero ejercicio profesional.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia incluye en el activo de la sociedad la clínica dental así como los rendimientos de la clínica hasta la disolución de la sociedad de gananciales, momento que identifica con la fecha de la sentencia de divorcio. Además incluye como partidas distintas los dos pisos en los que está instalada la clínica y el instrumental, equipamientos y existencias propias del ejercicio profesional del esposo. El Juzgado considera de aplicación el artículo 1347.5 CC y razona su decisión de la siguiente manera: «En el ordenamiento jurídico español rige el principio de presunción de ganancialidad de los bienes, aunque ciertamente admite prueba en contrario (...). El artículo 1361 CC establece que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer. En el presente caso no se discute que la sociedad económica matrimonial que formaron los litigantes se rigió por las normas de la sociedad legal de gananciales, y al disolverse a consecuencia del pleito matrimonial, su liquidación a instancia de parte ha de seguir el procedimiento previsto en los artículos 1396 y ss. CC, debiendo formarse inventario de acuerdo con las normas específicas de la Ley Procesal. Sentado lo anterior la partición ha de hacerse bajo el prisma de aquel que alegue o afirme que los bienes existentes al momento de la liquidación son privativos, debe probarlos porque (...) en caso contrario se presume su ganancialidad». «Debe señalarse que por más que, en efecto, las aptitudes del individuo para

el trabajo, la libertad misma de trabajo y sus consecuencias, estén vinculadas a los derechos de la personalidad, y en puridad conceptual son tales dotes o capacidades bienes privativos, es lo cierto que sean cuales sean las competencias profesionales del actor, la clínica dental es un negocio, se desarrolla en un establecimiento mercantil abierto al público, cualquiera que sea la ubicación del establecimiento, en un determinado espacio físico y empleando un mobiliario e instrumental específico para la realización de su fin; habiéndose fundado, establecido y constituido la clínica dental durante el matrimonio, vigente la sociedad de gananciales, con recursos de tal carácter ganancial, debe concluirse que mentada clínica dental debe tener carácter ganancial». «Será en la valoración de la clínica dental donde deberá tenerse en cuenta: el mobiliario e instrumental con que cuenta la clínica para la realización de su fin y el indudable peso que la cualificación profesional del actor deberá tener en cuenta la referida valoración del negocio. Pero nos encontramos ante la formación de inventario y no ante el avalúo de los bienes integrantes del inventario. Este criterio es mantenido reiteradamente por la jurisprudencia (entre otras, sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 26 de enero de 2000, de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de junio de 2003 y 16 de noviembre de 2004)». No se imponen las costas.

Ambos cónyuges recurren en apelación y se oponen al recurso contrario. Don Juan Enrique impugna la inclusión en el activo de la clínica dental como una empresa ganancial fundada durante el matrimonio con recursos comunes (art. 1347.5.º CC) y defiende su carácter privativo como simple actividad profesional inherente a su persona como odontólogo (art. 1346.5.º CC). Ello, añade, sin perjuicio del carácter ganancial de los pisos donde se ejerce la profesión, así como de los rendimientos hasta la fecha de la sentencia de divorcio y el derecho de reintegro a favor de la extinta sociedad por el valor del instrumental o de que fuesen considerados gananciales los equipamientos e instrumentos. Doña Francisca, conforme con la inclusión en el activo del inventario de los beneficios o rendimientos de la clínica dental, discrepa del criterio del Juzgado, que los limita a los obtenidos hasta la disolución de la sociedad de gananciales y sostiene que corresponden a la comunidad post-ganancial hasta su efectiva liquidación, al continuar generándose y proceder de un negocio o empresa reconocida como ganancial en la propia sentencia.

La sentencia de la Audiencia Provincial estima el motivo del recurso de apelación del marido que impugnaba la inclusión en el activo de la clínica y desestima el recurso de la esposa que pretendía se incluyeran también los beneficios o rendimientos de la clínica hasta la liquidación de la sociedad, pues tal presunción presupone que la clínica es ganancial, lo que se niega por la Audiencia Provincial. En su extenso fundamento jurídico tercero, se basa en el siguiente razonamiento: Partiendo de que el ejercicio profesional y sus instrumentos son privativos (art. 1346, 5.º y 8.º CC), mientras que el establecimiento y empresa fundados durante la sociedad con dinero común es ganancial (art. 1347, 5.º), existe un casuismo jurisprudencial que, en general, resuelve el problema de distinguir la actividad empresarial del ejercicio profesional valorando la mayor o menor semejanza que en cada caso presentan ambas y la mayor o menor semejanza que en cada caso presenta la actividad profesional con la empresarial y la mayor o menor dedicación de la persona a la actividad; entiende que en la empresarial prima la organización, la unidad patrimonial, mientras que en la profesional prima el aspecto personal, subjetivo, realizada al amparo de una titulación intransferible lograda con el estudio y el esfuerzo personal. Concluye que «tras el panorama y consideraciones

expuestas lógicamente se puede concluir que si una persona que ha obtenido una titulación, obviamente por sus personalísimos méritos y esfuerzos, se dedica precisamente a trabajar en aquello para lo que su título le habilita, aunque lo haga con medios materiales mobiliarios, inmobiliarios e instrumentales de origen privativo o ganancial, y con personal colaborador o auxiliar, habremos de entender que en principio se trata de un ejercicio profesional ganancial y no de una empresa o negocio en funcionamiento, a los fines examinados, salvo circunstancias especiales que demuestren que no es esa su dedicación fundamental sino de otro tipo, como la de administrador de la organización, y en fin que se trate de una verdadera actividad empresarial».

Por lo que se refiere a la clínica, sostiene lo siguiente: «Tenemos que aclarar que el término más o menos ampuloso utilizado de “clínica” (dental), por muy extendido que esté actualmente, no significa magnificar su significado como si fuera algo más grande o importante sugiriendo una organización empresarial tipo hospital o sanatorio, cuando en la mayoría de los casos no pasa de lo que tradicionalmente se denominaba «consulta» o «despacho», en este caso de dentista, aunque en local habilitado al efecto con diversas dependencias y medios actuales adecuados al avance de la ciencia y la tecnología». «Es cierto que en el caso enjuiciado la clínica dental empezó vigente el matrimonio y la sociedad de gananciales, que se montó con dinero ganancial, que se extiende a dos pisos gananciales (izquierda y derecha), que cuenta con cuatro sillones de dentista, y que el exmarido no trabajaba solo, sino que además del personal auxiliar, también lo hace una ortodoncista y otros dos odontólogos, funcionando incluso muchas mañanas mientras aquél trabajaba en el SERGAS. Pero también es cierto que no siempre fue así, sino en los últimos años, pues antes trabajaba él solo, acaso con la ayuda de personal auxiliar, en uno de los pisos con dos sillones, la ampliación derecha e izquierda se produjo más recientemente, la superficie útil total no es excesiva (125 metros cuadrados), y él sigue dedicándose personalmente en la clínica al ejercicio de su profesión de odontólogo aproximadamente desde las tres y media de la tarde hasta las nueve de la noche o más, mientras que aquellos otros titulados lo hacen bajo su supervisión o conformidad profesional personal, colaborando, a media jornada y no todos los días, y siempre se identificó desde el inicio bajo el nombre del propio marido, sin usar nombres comerciales ni marcas ni publicidad. En definitiva, es dudoso realmente que se trate de una empresa o apreciar un fondo de comercio empresarial.

Doña Francisca interpone recurso de casación con base en los apartados 2 y 3 del artículo 477 LEC. El interés casacional lo justifica por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. La clínica dental debe incluirse en el activo del inventario por ser una empresa o establecimiento fundado vigente la sociedad de gananciales a expensas de los bienes comunes. Se ha infringido el artículo 1347.5.º CC porque no es una clínica unipersonal, sino que hay cuatro puestos de trabajo de odontólogo con cuatro sillones; que no es la única fuente de ingresos del marido, que ejerce su puesto de trabajo como funcionario del sistema público de salud y su dedicación a la clínica es como negocio para obtener beneficios; que la clínica también funciona por las mañanas, cuando el esposo está trabajando en el sistema público, que es una verdadera empresa, que constituye un fondo de comercio, valorada como unidad de producción a efectos de un posible traspaso en 576.474 euros a fecha de 24 de febrero de 2014; que es susceptible de transmisión como conjunto porque no es una actividad personalísima; que la

esposa colaboraba en tareas de limpieza, indicios todos ellos valorados por la jurisprudencia para calificarlo de ganancial. Se ha vulnerado además el artículo 1361 CC, porque no probado el carácter privativo de la clínica, debe presumirse que es ganancial; porque según el razonamiento de la Audiencia Provincial ningún negocio que requiera titulación podría ser ganancial; y porque sería paradójico que no lo fuera cuando, de haberse constituido una sociedad para el mismo negocio, las acciones sí serían gananciales».

Don Juan Enrique presenta escrito de oposición, invocando la inexistencia de interés casacional. Como motivos de fondo sostiene en esencia: Que la clínica es personal, por más que disponga de medios auxiliares humanos y materiales; que se trata de una profesión liberal que, cierto que se inició constante matrimonio, pero que requiere una constante formación y estudio desde la más temprana edad, hasta la licenciatura, especialización e incluso a lo largo del desarrollo profesional; que la consulta «es el propio esposo» y no existiría sin él, que la consulta constituye la principal actividad profesional del esposo, por lo que la recurrente hace supuesto de la cuestión; argumenta que desempeña su profesión con carácter personalísimo, propio del mero ejercicio profesional; que, como recogió la sentencia recurrida, antes trabajaba solo en uno de los pisos, acaso con ayuda de auxiliar y la ampliación a los dos pisos se produjo más recientemente, que además de trabajar por la mañana en el SERGAS (sin el descanso matinal para salir antes, solo en turno de mañana, sin hacer guardias ni intervenciones quirúrgicas, sino en una consulta de odontología que es una unidad de apoyo a un centro de salud), trabaja a jornada completa todas las tardes en la consulta, mientras que los otros titulados lo hacen bajo su supervisión o conformidad profesional personal, colaborando a media jornada y no todos los días; reitera que la esposa no pidió que se aplicara el artículo 1408 CC y tuvo en cuenta los ingresos de la clínica para pedir su pensión compensatoria y los alimentos, además, niega la contribución de la esposa con su trabajo.

Concluye finalmente que, de acuerdo con la doctrina civilista debe distinguirse la sociedad empresarial, unidad patrimonial que quedaría incluida en el artículo 1347.5.º CC y el mero desarrollo de un trabajo profesional, excluible de su valoración ganancial como bien inherente a la persona (art. 1346. 8.º). Sostiene que la diferencia fundamental entre actividad empresarial y trabajo profesional es que en la primera la labor del titular es accesoria y lo esencial es la unidad patrimonial integrada por el conjunto de bienes organizados, mientras que en el segundo caso existe un fuerte matiz subjetivo de dedicación del sujeto y que hay mero ejercicio de la profesión cuando los bienes adscritos al oficio o profesión no han alcanzado la categoría de unidad patrimonial susceptible de ser explotada. Alega que en el presente caso la consulta es expresión de la actividad profesional del marido, por lo que no puede ser considerada ganancial y, en consecuencias, la sentencia recurrida no ha infringido el artículo 1347.5.º Y tampoco se ha infringido el artículo 1361 CC porque la clínica no es ganancial, habiendo en la materia un gran casuismo. Solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus extremos.

Estimación del recurso.—Esa Sala considera que sí concurre el interés casacional en grado suficiente como para clarificar la doctrina sobre el artículo 1347.5.ª CC a efectos de precisar su aplicación cuando, durante la vigencia de la sociedad y a expensas de bienes comunes, uno de los cónyuges inicia el desarrollo de una actividad profesional titulada con una cierta organización, para lo que cuenta con un equipo material y personal y una sede en

la que se localiza la oferta. El procedimiento no se ha tramitado por razón de la cuantía, por lo que debe concurrir el interés casacional que justifique el acceso a la casación (art. 477.3 LEC) y, existiendo doctrina de esta Sala es a ella, y no a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que pudiera existir, a la que debe atenderse para apreciarlo. Las sentencias que cita se refieren a supuestos diferentes (farmacia fundada antes del matrimonio, discutiéndose la ganancialidad de las existencias en la STS de 16 de junio de 2006; ganancialidad del bar-cafetería fundado por el padre del marido antes del matrimonio en la STS de 29 de septiembre de 1997; incrementos habidos en un negocio de fontanería cuya ganancialidad no se discutía, en STS 23 de octubre de 2003; momento en que debía valorarse la licencia de taxi, en STS 15 de septiembre de 2008; carácter ganancial de licencia de taxis adquirida constante matrimonio, en STS 4 de abril de 2007). Hay otras sentencias que la recurrente no cita y en las que se admite la distinción entre la titularidad precisa para el ejercicio de una actividad y la base económica del negocio, que sí puede ser ganancial si se dan los requisitos del artículo 1347 CC.

Conviene hacer dos observaciones: A efectos de la resolución del recurso es irrelevante el artículo 1361, porque la presunción de ganancialidad no juega cuando puede concluirse, por aplicación de los criterios legales, que un bien es privativo. En el caso, la sentencia recurrida no aplica incorrectamente el artículo 1361 CC ni lo infringe, porque considera probado el carácter privativo de la clínica al valorar que prima el aspecto personal sobre el organizativo propio de la empresa y, en consecuencia, concluye que no es aplicable el artículo 1347.5.º CC. El artículo 1361 no es un argumento para interpretar el 1347.5.º cuando no se discute en qué momento se fundó la clínica o si se utilizó para ello dinero privativo o ganancial. En el caso, la actividad es realizada sin que se haya creado una sociedad con personalidad jurídica, ejercitando en nombre propio la actividad profesional. Este es precisamente el supuesto al que resultaría de aplicación el artículo 1347.5.º para el caso de que se considerara que la actividad llega a constituir una empresa o establecimiento en el sentido del precepto. Cuando se haya formado una sociedad, la titularidad privativa o ganancial de las acciones o participaciones se resuelve por aplicación de las reglas generales contenidas en los artículos 1346 y 1347 CC, tal y como entendió la sentencia de 18 de septiembre de 1999. De la aplicación e estas reglas resulta: (i) que tendrán carácter privativo las acciones o participaciones que pertenecieran a uno de los cónyuges con anterioridad a la sociedad de gananciales (art. 1346.1.º), o que hayan sido adquiridas a costa de bienes privativos, incluido por tanto el caso de una empresa privativa que se constituye como sociedad durante la vigencia de la sociedad de gananciales (art. 1346.3.º); y (ii) que tendrán carácter ganancial las acciones o participaciones adquiridas a título oneroso a costa del caudal común, tanto si la adquisición se hace para comunidad como si se hace para uno solo de los esposos (art. 1347.3.º), con independencia de quien adquiera el carácter de socio. Además, cuando sea procedente, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 1352 y 1384.

El Código Civil se refiere en ocasiones conjuntamente a la explotación de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio (1362.4.º), en otras «al ejercicio de la profesión u oficio», y «al ejercicio de la profesión u oficio» y al «establecimiento y explotación» como realidades diferentes (art. 1346.8.º) o, como sucede en el artículo 1347.5.º, solo a la «empresa y establecimiento».

Los conceptos de «empresa», «establecimiento» y «explotación» son polisémicos y su sentido debe identificarse de manera específica dentro del

conjunto normativo en el que se utilizan, en atención a la finalidad perseguida por la norma y a la realidad social del tiempo en el que se aplica (art. 3 CC). Al igual que sucede en otros preceptos, como el artículo 66 del Texto Referido de la Ley de sociedades de capital, el artículo 1347.5.º CC utiliza los términos empresa y establecimiento como equivalentes. No se trata, por tanto, como mero local o sede física donde se ejerce la actividad. Para describir la misma realidad el artículo 1346.8.º utiliza la expresión «establecimiento o explotación». La expresión «explotación» alude a actividades agrícolas o ganaderas u otras no comerciales o industriales que, por razones históricas, están excluidas del ámbito mercantil, pero que comportan una actividad económica realizada con habitualidad y organización.

Esta utilización indistinta de las expresiones «empresa», «establecimiento» y «explotación» confirma que, para determinar su sentido en la calificación de los bienes en la sociedad de gananciales, debe estarse a un concepto amplio, comprensivo de toda organización o explotación económica, con independencia del sometimiento del titular al estatuto jurídico del empresario. En consecuencia, también será empresa o establecimiento cuando se trate de una actividad profesional que coordine un conjunto de elementos, una pluralidad de medios o de otros servicios, incluidos los de los auxiliares o los de otros prestadores de servicio, para intermediar en el mercado de servicio. Desde esta perspectiva quedan fuera del artículo 1347.5.º el mero ejercicio profesional y la prestación de servicios que, aun iniciados durante la vigencia de la sociedad, no se organicen de modo semejante al de los empresarios, porque si bien durante la vigencia de la sociedad sus rendimientos, por su propia naturaleza no pueden serlo los meros servicios intelectuales o materiales de un profesional que se presten *intuitu personae*. En cambio, sí puede ser común el propio establecimiento, por carecer de carácter personalísimo y no ser inherente a la persona. La empresa, establecimiento y explotación sí son transmisibles, podrían hipotéticamente continuar su actividad como organización sin su titular actual y poseen un valor superior a la suma de sus integrantes, por la plusvalía que deriva de su propia organización. Ello es así aun cuando hayan sido las cualidades personales y profesionales del cónyuge que dirige y trabaja en la empresa, establecimiento o explotación, las que hayan permitido su desarrollo y consolidación, lo que sucede habitualmente, con independencia de que se trate de una actividad comercial, industrial o de prestación de servicios materiales o profesionales, y se requiera o no una titulación determinada. Este dato debe jugar con posterioridad, a efectos de la valoración en la liquidación, para lo que deberá tenerse en cuenta exclusivamente el valor por el que podría transmitirse a un tercero el «fondo de comercio objetivo», basado en las condiciones del establecimiento.

Esta Sala ha admitido la distinción entre la titularidad precisa para el ejercicio de una actividad y la base económica del negocio que sí puede ser ganancial si se dan los requisitos del artículo 1347: La STS 469/2003, de 14 de mayo, respecto de una farmacia, distingue dos facetas: la primera, referida a la titulación regulada por normas administrativas que exigen estar dotado del título de farmacéutico para ser titular de una farmacia, y la base económica de la farmacia, que comprende el local en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia, que es perfectamente la que puede ser considerada ganancial cumpliendo los requisitos del artículo 1347 CC. lo que estima en el caso.

La STS 61/1979, de 26 de febrero, llegó a la misma conclusión conforme al derecho anterior del CC respecto de la sociedad de gananciales.

La STS 1082/2000, de 20 de noviembre, en relación con una óptica, su titular argumentaba que el ejercicio de una profesión liberal, que requiere la aplicación de unos conocimientos profesionales, aunque precise también un espacio físico y determinado instrumental, no puede considerarse una actividad profesional y no puede considerarse una actividad empresarial y debe quedar excluida de la ganancialidad. Pero la Sala declaró que este razonamiento está impregnado de la confusión entre lo que son «bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona» y la clara dicción del artículo 1347,1 CC que atribuye la naturaleza de bienes gananciales a los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges. Las dotes y capacidades de cada sujeto para el trabajo, la libertad misma de trabajo y sus secuencias, están tan vinculados a los derechos de la personalidad que, en puridad conceptual, no cabe más que considerarlos como bienes privativos, pero el ejercicio extremo de estas capacidades o cualidades por muy propios del sujeto que sean (v.g. condiciones de artista o habilidades profesionales, etc.) si se traducen en una actividad productiva, tiñen de ganancialidad a los bienes económicos obtenidos por aquella.

La STS 283/2001, de 23 de marzo, ratifica este criterio para un negocio de asesoría, gestoría y agencia de seguros cuyo titular alegaba que su titulación y actividad personal debía llevar a valorar la capacidad laboral del esposo como derecho de la personalidad y excluir la ganancialidad del negocio, cuyo incremento sería debido a la actividad y prestigio profesional del esposo.

En el presente caso litigioso, a la vista de los hechos probados, hay que concluir que no nos encontramos ante el mero ejercicio de una actividad profesional. Con independencia de su denominación y de que desde el inicio de la clínica se identificara con el nombre del marido, en los servicios prestados predomina el aspecto objetivo de la estructura y la organización mediante la apertura al público de un establecimiento en el que hay cuatro sillones de dentista y en el que trabajan, además de don Juan Enrique y del personal auxiliar, una ortodoncista y otros dos odontólogos. Así lo confirma el que la clínica funcione incluso muchas mañanas mientras el marido trabaja en el SERGAS. El recurrido, por tanto, no se limita a desarrollar personalmente la actividad profesional que le es propia, sino que por el modo en que la ejercita ha dado lugar a un entramado de instrumentos que determina la aplicación del artículo 1347.5.º CC. Por ello procede casar la sentencia de la Audiencia Provincial que, al calificar la clínica como bien privativo, ha infringido dicho precepto y, asumiendo la instancia, confirmamos en este punto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

En aras de agotar la respuesta a las razones aducidas por el recurrido para sostener el carácter privativo de la clínica hay que añadir que no se opone a la calificación de la clínica como bien ganancial el que en el activo del inventario aprobado por la sentencia de primera instancia, los pisos en los que está instalada la clínica se incluyeran de manera separada y no como parte de la misma. El que exista una organización solo implica que diferentes elementos se integran de manera funcional en una unidad económica, pero ello es independiente del título por el que se disponga, en particular, de la sede física, que puede ser de propiedad o no y es igualmente independiente de que se trate de un bien común o privativo. La clínica sería ganancial aunque no lo fueran los pisos y, por el contrario, no deja de serlo porque los pisos también lo sean. Tampoco se opone a la valoración de la clínica como ganancial el

que en el inventario se incluyeran, con el acuerdo de ambos cónyuges, su instrumental y equipamientos. Tampoco se opone a la calificación de la clínica como ganancial que para desarrollar la actividad profesional se requiera una formación, una capacidad profesional y una titulación. Tanto el título, académico o no, como en su caso, la cualificación profesional necesaria para el ejercicio de una actividad, conservan su carácter personal, lo que es compatible con el carácter disponible y transmisible de la empresa, explotación o establecimiento que se creen, susceptibles de ser bienes gananciales si concurren los requisitos legales de haber sido fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales y a expensas de bienes comunes.

En el presente caso las partes discrepan acerca de la realidad de otros datos que consideran pueden tenerse en cuenta como indicios de la calificación de la clínica como ganancial, pero que no son decisivos. Así, si ella trabajó o no en la clínica en tareas de limpieza. En realidad para calificar la naturaleza privativa o común de la clínica es irrelevante que la esposa trabajara o no en la misma.

Polemizan también acerca de qué parte de la actividad desempeñada por don Juan Enrique (la pública en el sistema sanitario público o la privada en la clínica) es más importante. En realidad tampoco este dato es decisivo, porque la aplicación del artículo 1347.5 CC requiere una actividad de modo organizado y habitual, no puntual o esporádico, pero es indiferente que se trate de la actividad principal o no.

Contra lo que sostiene el recurrido, a efectos de determinar la ganancialidad de la clínica, es irrelevante que la esposa no invocara la aplicación del artículo 1408 CC si consideraba que la clínica era ganancial. Ello por cuanto que la esposa solicitó desde el primer momento que se incluyera en el activo del inventario la clínica y el artículo 1408 no impone la obligación ni la carga de hacerlo.

Tampoco excluye el carácter ganancial de la clínica la falta de solicitud por parte de la esposa de medidas de administración y de rendición de cuentas de la gestión de la clínica. Se trata de una facultad que le hubiera permitido tomar precauciones para evitar que el marido pudiese burlar su participación en los rendimientos, pero cuya ausencia no comporta el carácter privativo del bien ni una renuncia a su calificación como ganancial cuando precisamente se está pidiendo de forma expresa.

La alegación por parte de la esposa en el proceso de divorcio, a efectos de solicitar la pensión compensatoria y los alimentos de la hija, de los ingresos obtenidos en la clínica, tampoco excluye que en la liquidación de la sociedad de gananciales se atribuya a la misma carácter ganancial. Todo ello es mera consecuencia del régimen económico del matrimonio que se liquida.

Rendimientos de la clínica desde la disolución de la sociedad hasta su efectiva liquidación.—La esposa mantiene en el recurso de casación, reiterando lo que solicitó durante la confección del inventario y fue objeto de su recurso de apelación, que la calificación de la clínica como ganancial comporta también la inclusión en el activo de todos los rendimientos que genere hasta la liquidación. La sentencia de primera instancia añadió que debían incluirse sus rendimientos hasta la disolución de la sociedad, producida por la sentencia de divorcio. En su apelación la esposa interesó, con cita de la STS de 28 de septiembre de 1993, que se incluyeran los rendimientos hasta la liquidación.

La llamada «comunidad postganancial», existente desde que se disuelve la sociedad hasta que se produce su liquidación, carece de regulación en

el CC, pero esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el régimen aplicable a este patrimonio del que son titulares, según los casos, los cónyuges o ex cónyuges o el viudo y los herederos del premuerto. Se trata de una comunidad en la que los partícipes no tienen una cuota sobre cada uno de los bienes sino sobre la totalidad del patrimonio y a la que no resultan de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales según jurisprudencia reiterada (desde la STS de 21 de noviembre hasta las más recientes de 14 de febrero y 10 de junio de 2005). Estas sentencias se ocupan de resolver la variedad de problemas que plantea la comunidad postganancial tales como su composición (bienes y deudas comunes), el régimen de responsabilidad (tanto por deudas comunes como privativas) o el régimen de disposición de los bienes comunes. Interesa destacar: (i) La comunidad indivisa no se ve aumentada con las rentas de trabajo ni con las de capital privativo, que serán en todo caso privativas, excepto los frutos de los bienes privativos que estuvieren pendientes en el momento de la disolución, a los cuales habrá de aplicar analógicamente las normas referentes a la liquidación del usufructo; por supuesto, ingresan en el patrimonio común los frutos de los bienes comunes; (ii) El patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad, pero las que contraiga con posterioridad cualquier titular recaen sobre su propio patrimonio; los acreedores podrán pedir el embargo de la cuota abstracta que su deudor tenga sobre el patrimonio común, que quedará especificada en bienes concretos, al producirse la división y adjudicación, pero no antes.

De esta doctrina jurisprudencial resulta que los rendimientos generados por un establecimiento común gestionado por uno de los ex cónyuges son comunes hasta la liquidación, pero ello no hace comunes los ingresos que procedan del propio trabajo del ex cónyuge. En consecuencia, los frutos o rendimientos de la empresa o explotación generados por su actividad se integran en el patrimonio indiviso pero corresponde al productor una remuneración por su actuación. Es decir, de los beneficios reclamados solo pueden ser tenidos en cuenta los rendimientos de la clínica, pues las retribuciones del titular se hicieron privativas desde el mismo día en que se disolvió la sociedad. En consecuencia, en el periodo entre la disolución y la liquidación, los beneficios de la clínica son frutos de bienes comunes (la clínica) pero deben excluirse los rendimientos de trabajo del titular correspondiente a dicho periodo, lo que deberá concretarse en la liquidación del régimen que cualquiera de los cónyuges podrá solicitar de conformidad con el artículo 810 LEC.

Por lo que se refiere a los gastos, calificada la clínica como ganancial y calificados también como gananciales los rendimientos de la clínica debe reconocerse que las deudas derivadas de la gestión de la clínica que quedaran acreditadas también son comunes, de modo que lo que sucede en realidad es que, a efectos de la liquidación, los rendimientos deben limitarse a los rendimientos netos de la clínica. Así lo entendió, en un caso semejante al presente, la STS de 10 noviembre de 1988, en la que se dijo que deben distinguirse los beneficios brutos y los netos, entendiendo por estos los obtenidos una vez deducidos los costes de producción.

El fallo estima el recurso de casación interpuesto por doña Francisca, casando parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 13 de febrero de 2015 en lo que se refiere a la supresión del activo de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por los litigantes, de la clínica dental sita en Avda. de Villaboa 102, 1.º, derecha e izquierda En su lugar

procede incluir en el activo los rendimientos netos de la clínica hasta la liquidación, pero no las retribuciones correspondientes al trabajo personal de don Juan Enrique en la clínica, privativas desde el día en que se disolvió la sociedad y cuya valoración se hará en la liquidación. No se imponen las costas de casación a ninguna de las partes, y no se hace especial pronunciamiento de las causadas en las instancias, con devolución del depósito para interponer la casación. (STS de 10 de noviembre de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.] (G. G. C.)

28. Acción de filiación reclamando paternidad no matrimonial: Orden de los apellidos del hijo reconocido por la madre al nacer.—Son hechos relevantes para la decisión del recurso los siguientes: El 23 de febrero de 2016 D. Cristóbal formuló demanda de determinación legal de la filiación frente a D.^a Graciela, con quien había mantenido una relación sentimental de la que quedó embarazada y dio a luz una niña en 2015. Solicitó que en sentencia se declare la filiación paterna de la menor y que se acuerde la rectificación de la inscripción de nacimiento de la misma a fin de introducir los datos del demandante y que el apellido paterno pase a ser el primero. La parte demandada reconoció la paternidad del demandante, pero se opuso a la rectificación del apellido, por cuanto si bien es cierto que, según el artículo 194 RRC, se impondrá en primer lugar el apellido paterno, tal solución favorece el predominio de la desigualdad, máxime cuando durante el embarazo y crianza de la niña se ha visto sola. La sentencia dictada en primera instancia, con cita de la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2015, desestima la petición del padre sobre los apellidos. Ante la falta de acuerdo de los progenitores, la juzgadora mantiene la opción de fijar el primer apellido de la madre y el segundo del padre, de acuerdo con la opción de la madre en el interrogatorio y que considera justificada (...) por ser ella quien se ha venido haciendo cargo de la menor desde que nació y de cara a terceros lleva ostentando casi un año los apellidos maternos...». Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia que estima el recurso de apelación y declara que la menor ostentará como primer apellido el del padre y como segundo el de la madre. La sentencia recurrida con cita de la STS 15/2016, de 1 de febrero, argumenta que pese a la orientación jurisprudencial: «... en el supuesto contemplado no concurren las circunstancias que permiten, o inclusive exigen, prescindir del criterio expuesto en la normativa aún vigente, ya que el apelante presentó su demanda de reclamación de paternidad cuando apenas habían transcurrido seis meses desde el nacimiento de la común descendiente, no encontrándose por tanto la misma entonces incorporada a un centro escolar, y ni siquiera a una guardería, (...) Tampoco en el ámbito social la menor ha mantenido los apellidos de la madre con un cierto periodo de permanencia que aconseje, en aras de su interés prioritario y en evitación de enojosos problemas administrativos, modificar el orden que, respecto de sus apellidos, recoge la repetida normativa». A mayor abundamiento en cuanto a la conducta del demandante durante el embarazo, nacimiento y periodo inmediatamente posterior, sin prueba alguna de dejación maliciosa de sus deberes, considera que no puede condicionar la respuesta judicial conforme a la doctrina jurisprudencial que pondera circunstancias distintas.

El recurso de casación se estructura en dos apartados, el primero por infracción de las normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento y el segundo relativo a la infracción de la jurisprudencia reiterada del Tribunal

Supremo. El primer apartado se estructura en cuatro motivos: 1.º, al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, la existencia de interés casacional por vulneración del «Principio del Interés Superior del Menor», tal y como ha sido recogido por la sentencia 76/2015 de 17 de febrero de 2016, establecido de contraste, en relación con lo establecido en la Ley de Registro Civil de 2011, cuya entrada en vigor se producirá en julio 2015, si bien los principios informadores de la misma deben inspirar todas las resoluciones judiciales posteriores a su publicación. 2.º) vulneración del artículo 14 CE en relación con la Ley Orgánica 3/2007 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, artículos 1 y 3, en relación con los principios informadores de la Ley de Registro Civil 2011, que lo aplican al prescindir de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno, permitiéndose que ambos progenitores decidan sobre el orden del mismo, o como en el presente caso, la autoridad judicial. 3.º) vulneración del artículo 18.1 CE, sobre el derecho a la propia imagen del menor, a la luz del Tribunal Constitucional, el TJUE y el TEDH. 4.º) vulneración del artículo 39 CE en relación con la declaración de los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España y la Carta Europea de los Derechos de Niño. Conforme a la STS de 17 de febrero de 2015 entiende la recurrente que el beneficio de la hija menor es mantener como apellido el de la madre.

La parte recurrida reconoce que resulta aconsejable y beneficioso que la pequeña de tan solo dos años, lleve como primer apellido el de su padre, ya que, si bien en el presente momento pudiere resultar irrelevante, podría ser muy beneficioso de cara al futuro de la menor, precisamente por la relevancia identificadora del primero de los apellidos de una persona. Es decisivo y trascendental para la menor, que al menos pueda saber en el futuro que lleva como primer apellido, el de su padre biológico, porque el mismo se empeñó, ante la postura disolvente o separadora de su madre, cuando era tan solo un bebé.

Nueva interpretación jurisprudencial *contra legem*.—La Sala se ha pronunciado sobre el orden de los apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en caso de paternidad reconocida en procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial, a partir de la sentencia 76/2015, de 17 de febrero. En concreto remite a ella la sentencia 621/2015 de 12 de noviembre, siguiendo el discurso lógico de aquella, en los siguientes términos:

(i) En términos de estricta legalidad vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida no existe duda sobre su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 CC, artículos 53 y siguientes de la LRC 1957 y artículo 194 RRC. Así en defecto de la opción prevista en el artículo 109 CC, que es el caso presente, «el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre...».

(ii) La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor, por lo que la Sala, cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de éste (SSTS 29 de marzo, 1 de abril y 10 de octubre 2011 y 5 de noviembre de 2012). Así se hacía ver en la sentencia 582/2014, de 27 octubre, con cita de la normativa que se ha ido promulgando, tanto estatal, como internacional y autonómica, subrayando que el interés superior del menor late como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte. El mayor exponente ha sido la LO 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica

del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha sufrido una modificación por la LO 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pues, como afirma su Preámbulo, «transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo de la Constitución».

(iii) Resulta de sumo interés la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, en cuya Exposición de Motivos se afirma que «en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el artículo VI relativo a hechos y actos inscribibles». «El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos».

Se ha insistido en esa doctrina, con mayor sustento, en las sentencias 621/2015, de 27 de octubre, 15/2016 de 28 de octubre, tras haber entrado en vigor el artículo 49 de la Ley de Registro Civil 2011, latiendo en todas ellas como *ratio decidendi* de la cuestión el interés superior del menor que «no aparece definido, precisándose su configuración, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material, bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales».

Por todo ello ha declarado (STS 15/2016, de 1 de febrero) que lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar.

Es cierto que la aplicación de esa doctrina a los supuestos enjuiciados, con cita de la STC, Sala Segunda, 167/2013 de 7 octubre, ha podido inducir a pensar que el interés del menor solo justifica que no se acceda al cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad sea tardía. Pero, sin embargo, con ser ello un elemento relevante a considerar, no puede ser tenido como único y esencial, pues, a juicio de la Sala, se ha de partir de que el menor se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el que entonces se determinó, así como que «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona».

Para salir al paso de esa posible inducción a error se dictó la sentencia del Pleno 659/2016, de 19 de noviembre, en la que se puntualiza que «la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor».

Precisamente por no constar ese beneficio, siempre bajo el interés superior del menor, es por lo que procede la estimación del recurso.

Los argumentos de la parte recurrida obedecen a unos esquemas de desigualdad superados por la Constitución Española y por la Ley de Registro Civil de 2011, pues se detienen en que el día de mañana sería muy beneficioso para la menor que su primer apellido fuese el del padre, pero no justifica por qué, salvo que se refiera a la diferencia de sexo, pues, sin negarle su interés o preocupación por la hija, tampoco cabe negárselo a la madre.

Se estima el recurso interpuesto por doña Graciela contra la sentencia dictada con fecha 13 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, en el rollo de apelación 1351/2016 dimanante de la reclamación de filiación paterna 193/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Collado Villalba. Se casa la sentencia recurrida y, con asunción de la instancia, se desestima la apelación interpuesto contra ella, confirmándola y cuya firmeza se declara. **(STS de 1 de diciembre de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Parece consolidada la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala 1.^a que puede considerarse *contra legem* en relación con la atribución de apellidos a los hijos extramatrimoniales, singularmente cuando el reconocimiento del padre se retrasa en relación con la madre. En ADC he extractado y anotado las sentencias de 17 de febrero de 2015 y 12 de noviembre de 2015, respectivamente en el vol. de 2016, pp. 1176 ss. y 2017, pp. 936 ss. Aunque el argumento fundamental es *the best interest of child*, no siempre las circunstancias fácticas son idénticas. Un retraso tardío del padre cuando el menor ha iniciado sus estudios, suscita menos reservas que cuando se produce a los dos años del alumbramiento. Incluso se invoca el (¿habitual?) retraso administrativo del reconocimiento paterno que puede prolongarse durante cuatro años. Por mi parte creo que el sutil deslizamiento de la norma atributiva de los apellidos hacia la autonomía de la voluntad de los progenitores puede originar graves problemas al abrirse la sucesión del hijo. (G.G.C.)

DERECHO MERCANTIL

29. Concurso de acreedores. Declaración del concurso: momento de la solicitud.—El deber de solicitar la declaración de concurso surge no solo cuando se conoce la situación de insolvencia, sino cuando se debió conocer. No es preciso que se referencie a un día exacto, bastando con que pueda situarse en un momento anterior a los dos meses que establece el artículo 5 Ley Concursal (LC).

Concurso de acreedores. Declaración del concurso: demora en la solicitud.—El incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia. Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del

incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable.

Concurso de acreedores. Irregularidades contables: alcance.—Al exigir la LC que la irregularidad contable sea relevante, expresa que debe tener suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa que ofrece la contabilidad. La irregularidad será cualitativamente relevante cuando impida al tercero tener una información correcta y suficiente del estado patrimonial de la empresa y, especialmente, cuando oculte la existencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia. Y lo será cuantitativamente cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior.

Concurso de acreedores. Irregularidades contables: error e irregularidad.—Por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en que consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad.

Concurso de acreedores. Irregularidades contables: puntual o conjunta.—Respecto a la cuestión a si la irregularidad debe ser puntual (relativa a cada anotación contable discutida) o conjunta, el artículo 164.2.1.º LC no exige que la irregularidad deba tener relevancia en sí misma, sino que hace una consideración general, al referirse a la relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Lo que demuestra que la irregularidad puede consistir en una sola conducta o en un conjunto de ellas, siempre que individual o globalmente produzcan el resultado típico. Por ello, puede suceder que una sola irregularidad tenga tal envergadura que, por sí sola, integre el supuesto del artículo 164.2.1.º LC, al impedir el conocimiento de la verdadera situación patrimonial del concursado. O puede ocurrir que, aunque distintas infracciones aisladamente consideradas no colmen por sí mismas la conducta legalmente descrita, en su conjunto sí lleven al mismo resultado de imposibilidad de averiguar el estado financiero del deudor por la falta de fiabilidad de las cuentas.

Concurso de acreedores. Irregularidades contables: carácter objetivo.—Por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en que consisten las cuentas anuales, la realización del tipo descrito en el artículo 164.2.1.º LC no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión, ni que el resultado del comportamiento sea querido por él, bastando

con que incumpla las obligaciones que, a tal efecto, le venían impuestas legalmente.

Concurso de acreedores. Calificación de culpable: presunción.—En lo que se refiere al alcance de la presunción de culpabilidad del concurso del artículo 165.1.1.º LC (incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso), es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que dicho precepto es una norma complementaria de la del artículo 164.1 LC. Contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción *iuris tantum*, que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario, en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia.

Concurso de acreedores. Calificación de culpable: conductas tipificadas.—La jurisprudencia considera que el artículo 164.2 LC tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor, o sus administradores o liquidadores, ha incurrido en dolo o culpa grave. Así la expresión «*en todo caso*» no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que, cuando menos, constituye una negligencia grave del administrador.

Concurso de acreedores. Personas afectadas por la calificación: consideración de la limitación temporal.—El artículo 172.2.1.º LC, al regular quienes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a «los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales», exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido «dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso». Esta limitación temporal respecto de la condición de administrador o liquidador de derecho o de hecho, o apoderado general, no se coordina con una limitación temporal de la conducta que puede haber merecido la calificación culpable. Salvo en las limitaciones temporales previstas en el propio tipo de algunas de las conductas que por sí solas merecen la calificación culpable de concurso, como son las enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes de la declaración de concurso (art. 164.2.5.º LC), o de las presunciones de dolo o culpa grave, como el incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, o de someterlas a auditoría o de depositarlas, una vez aprobadas en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios (art. 165.3.º LC), con carácter general no se limitan las conductas que pueden merecer la calificación culpable a su realización dentro de los dos años anteriores a la calificación.

Concurso de acreedores. Personas afectadas por la calificación: alcance de la limitación temporal.—La exigencia temporal de 2 años prevista en el artículo 172.2.1.º LC afecta exclusivamente a la determinación de las personas afectadas por la calificación, pero no supone que con carácter general que se limite la calificación a las conductas acaecidas dentro del periodo de los dos años previos a la declaración de concurso. Conforme al propio artículo 172 LC, en primer lugar, el juez ha de juzgar si concurre alguna causa de calificación ajustándose a los requisitos propios de cada una de las causas invocadas. En el caso del artículo 164.2.1.º LC no establecen ningún límite temporal previo, esto es, no exige que las irregularidades contables se

hubieran realizado dentro de un determinado periodo de tiempo anterior a la declaración de concurso. Sí se exige en el caso del artículo 164.2.5.º LC que la salida fraudulenta de bienes se haya hecho en los dos años anteriores a la declaración de concurso, pero según el propio relato fáctico de la sentencia, es lo que ocurrió en este caso, por lo menos, en parte.

Concurso de acreedores. Complicidad: concepto.—Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación.

Concurso de acreedores. Complicidad: requisitos.—Para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse dos requisitos: a) Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable. b) La cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave.

Concurso de acreedores. Complicidad: relación de causalidad y voluntariedad.—La actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no sólo a dicha actuación, sino que también ha de constatar su voluntariedad, esto es, que haya *consilium fraudis* o ánimo de defraudar o, cuando menos, *consciis fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

Sociedades mercantiles. Administradores: obligaciones contables.—Nuestro ordenamiento no contempla una concepción meramente formal o aparente del cargo de administrador. Con carácter general, el artículo 25.2 CCo establece que el empresario es responsable de la contabilidad cuya formulación delegue en terceros. El nombramiento como administrador o como consejero de una sociedad de capital conlleva una serie de obligaciones, entre ellas las de la llevanza y formulación de la contabilidad, sin que pueda ampararse en la actitud de otro u otros administradores para excusar su propia incuria, pues o debería haber actuado conforme a la legislación societaria y concursal para evitar la situación a que se llegó, o en el último extremo, haber renunciado al cargo. (STS de 27 de octubre de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La representación procesal de la administración concursal de la entidad L. D. P., S.A. presentó informe de calificación del concurso como culpable. El Ministerio Fiscal emitió informe en el mismo sentido. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo dictó sentencia calificando como culpable el concurso de la entidad L. D. P., S.A., con los efectos siguientes: declarar personas afectadas por la calificación a don R., don A., don J. A. y a la entidad S.I., S.A. y doña M. como cómplice; además, don R., don A., don J. A. y a la entidad S.I., S.A. quedan inhabilitados para administrar los bienes ajenos durante un período respectivo de 10 años para primero, de 5 años para el segundo y tercero y 2 años para la cuarta, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período; también, condenar solidariamente a don R., don

A., don J. A. y a la entidad S.I., S.A al abono del 100% de la cantidad, que una vez concluida la fase de liquidación, resultase impagada a los acreedores de la masa y concursales; a su vez don R., don A., don J. A. y la entidad S.I., S.A perderán cualquier derecho que, como acreedores concursales o contra la masa, pudieran tener frente a la concursada. Igualmente, don R. es condenado a abonar a la masa del concurso en concepto de daños y perjuicios cierta cantidad de dinero. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña M., don R., don A., don J. A. y la entidad S.I., S.A., la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, desestimó los recursos de apelación de doña M., don A., y don J. A., y estimó parcialmente los recursos de don R., y S.I., S.A., en el sentido de revocarla en el extremo de limitar la condena de S.I., S.A., a responder solidariamente de determina suma que, una vez concluida la fase de liquidación, resulte impagada a los acreedores concursales y contra la masa; así como en el de absolver a don R. de la condena a abonar a la masa del concurso la suma señalada en la instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

30. Garantía hipotecaria. Otorgamiento de escritura e inscripción registral: eficacia.—La inscripción registral de la hipoteca es un requisito legal de existencia del derecho, sin el cual el derecho no existe. Ahora bien, el acto jurídico, entendido como suma de declaraciones de voluntad, por el que quien goza de facultades de disposición consiente en gravar la finca en garantía del pago de una obligación, surge con el otorgamiento de la escritura pública, antes de la inscripción. Aunque, el efecto jurídico de ese acto, esto es, los derechos resultantes, no se producen hasta la inscripción registral. La validez del contrato de hipoteca, título constitutivo por antonomasia del derecho real de hipoteca, depende de la concurrencia de los requisitos que legalmente la condicionan, que pueden ser específicos de este contrato o comunes a todos los contratos, como es la capacidad de quien la constituye y la ausencia de prohibiciones legales o convencionales de disponer que le afecten.

Garantía hipotecaria. Otorgamiento de escritura e inscripción registral: autonomía.—Existe una autonomía entre el juicio de validez del contrato de hipoteca y la inscripción registral, en cuanto que cada uno de ellos concierne a realidades diferentes, una a la validez del título constitutivo y otra a su inscripción registral. Esta última implica una actividad funcional del encargado del registro, a instancia de un sujeto legitimado para pedirla, que carece de carácter negocial. De tal forma que, los requisitos de capacidad por parte del hipotecante y la ausencia de limitaciones de disponer (o gravar) sus bienes debían concurrir al tiempo del otorgamiento de la escritura de hipoteca, y resultaba irrelevante que con posterioridad y en el momento de la inscripción el hipotecante hubiera quedado limitado en sus facultades de disposición patrimonial.

Concurso de acreedores. Infracción de las limitaciones de las facultades de disposición: supuestos.—Resulta necesario distinguir la ineficacia derivada de la infracción de las limitaciones a las facultades de disposición patrimonial tras la declaración de concurso, artículos 40 y 43 Ley Concursal (LC), de la ineficacia perseguida con la acción rescisoria concursal (art. 71 LC). La primera afecta a los actos de disposición o gravamen realiza-

dos por el deudor concursado después de la declaración de concurso, mientras que la segunda, la acción rescisoria concursal, afecta a los actos de disposición del deudor concursado realizados dentro de los dos años previos a la declaración de concurso. El fundamento de la ineficacia en el primer caso radica en la infracción de las restricciones o prohibiciones de disponer (en sentido amplio), mientras que el fundamento de la ineficacia en la rescisión concursal es distinto, se encuentra en el perjuicio que para la masa activa genera el acto de disposición objeto de rescisión.

Concurso de acreedores. Garantía hipotecaria: relevancia concursal.—En el caso de la concesión de una garantía hipotecaria, lo relevante a los efectos concursales es si la escritura fue otorgada antes o después de la declaración de concurso, pues el acto de disposición se lleva a cabo con la escritura, sin perjuicio de que no produzca efectos hasta la inscripción registral. Si, la escritura fue otorgada antes de la declaración de concurso, cuando el deudor hipotecante gozaba de plenas facultades de disposición para conceder la garantía, aunque la inscripción se realice después de la declaración, la hipoteca no es susceptible de anulación porque no se hubiera autorizado o ratificado por la administración concursal.

Concurso de acreedores. Lista de acreedores: eficacia.—La lista de acreedores debe ir referida a la fecha de la declaración de concurso, pero no justifica la ineficacia de la hipoteca otorgada antes del concurso e inscrita después. En primer lugar, porque el crédito invocado es concursal, al haber surgido antes de la declaración de concurso, sin perjuicio de que los efectos constitutivos de la hipoteca que permitía clasificar la parte del crédito garantizado se produjeran después de la apertura del concurso, pero antes de que precluyera el plazo para su inclusión en la lista de acreedores. A estos efectos lo relevante es que el crédito es anterior, por ello es concursal y debe ser incluido en la lista de acreedores, y que se encuentra garantizado en una parte por un derecho de hipoteca. Esta norma no debe impedir reconocer el crédito del acreedor hipotecario con la clasificación que corresponde a su derecho de garantía, ni mucho menos permite anular una hipoteca. (**STS de 7 de noviembre de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la administración concursal de la entidad I. A., S. A. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Segovia demanda de incidente concursal, solicitando se declarase nula la hipoteca constituida entre I. A., S. A. y el B. de C., S.A. (hoy, B.P.E, S.A.) dado que se había constituido después de la declaración de concurso, sin contar con la autorización judicial, así como que la lista de acreedores ha de referirse a la fecha de solicitud de concurso, y en esa fecha no existía la hipoteca. La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró la ineficacia de la hipoteca y ordenó la cancelación del correspondiente asiento registral. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la entidad financiera B.P.E, S.A., la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Segovia, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia con imposición de costas al apelante, al entender que, con posterioridad a la declaración de concurso, no es posible la constitución de garantías ni reales ni personales que afecten a la masa, si no es con autorización judicial. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)