

Sentencias

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

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTÍZ** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Profesor titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **José María MARTÍN FABA** (Profesor ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Ricardo PAZOS CASTRO** (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Doctor en Derecho. Universidad Autónoma de Madrid), **Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ** (Doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Propiedad horizontal. El plazo de prescripción de la acción de reclamación de las cuotas por gastos generales del artículo 9.1. e) LPH es el de 5 años del artículo 1966. 3.ª CC.—Se ha de considerar aplicable a este supuesto el plazo de cinco años previsto en el citado artículo 1966.3.º, referido a las acciones ordenadas a exigir pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves, situación en la que resulta plenamente subsumible el caso de la contribución de los comuneros a los gastos comunes establecida como obligación en el artículo 9.1.e) LPH, sin que el hecho de tratarse de una obligación prevista en la propia ley haya de determinar la aplicación de un plazo distinto de prescripción. Los presupuestos de la comunidad son anuales y en el ejercicio económico anual se producen los gastos correspondientes que han de ser satisfechos por los comuneros según la cuota asignada.

Doctrina jurisprudencial sobre la prescripción. Su aplicación no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva.—En efecto, como recuerda la STS 142/2020, de 2 de marzo, con cita, entre otras, de las SSTS 721/2016, de 5 de diciembre y 623/2016, de 20 de octubre, siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (STS de 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987, entre otras muchas). Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala, reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias.

La estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida (por todas, STC 148/2007, de 18 junio).

La interrupción del plazo de prescripción mediante una reclamación extrajudicial no requiere el cumplimiento de formalidad alguna.—La interrupción del plazo de prescripción mediante una reclamación extrajudicial de la deuda no requiere especial formalidad y es cuestión de prueba la existencia de la reclamación, su fecha y la recepción del requerimiento (SSTS 142/2020, de 2 de marzo; 74/2019, de 5 de febrero y 97/2015, entre otras muchas). (STS de 30 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La cuestión jurídica que se plantea trata sobre la determinación del plazo de prescripción aplicable a la reclamación de las cuotas por gastos generales al amparo del artículo 9.1.e) de la LPH

respecto de deudas nacidas antes de la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre (que redujo el plazo general de prescripción para las acciones personales del artículo 1964 CC de 15 a 5 años).

Una Junta de la Comunidad de Propietarios acordó en octubre de 2014, iniciar acciones legales contra un comunero por impago de las cantidades debidas en concepto de gastos de comunidad desde diciembre de 2000 a septiembre de 2014. La demanda se presentó en julio de 2015. Tanto el juzgado como la audiencia consideraron que el plazo de prescripción aplicable era el de los 15 años del antiguo artículo 1964 CC. El TS dio lugar al recurso de casación al considerar que el plazo de prescripción es de los 5 años del artículo 1966.3 CC, pero aplicando la jurisprudencia sobre interrupción de la prescripción por reclamaciones extrajudiciales, procedió a condenar a la demandada al pago de las cuotas impagadas en los 5 años anteriores al burofax enviado antes de la demanda, más las devengadas desde entonces y hasta su pago, de acuerdo con lo que solicitaba la Comunidad de Propietarios. (C. O. M.).

2. Contrato de seguro. Interrupción de la prescripción: solidaridad impropia.—La interrupción de la prescripción, tratándose de las obligaciones solidarias no opera en los supuestos de solidaridad impropia, como es la derivada de la responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente; sin perjuicio de aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado

Excepción.—Esta jurisprudencia no es aplicable a las relaciones existentes entre aseguradora y asegurado, unidos por vínculos de solidaridad derivados de la ley, que atribuye al perjudicado la acción directa contra la aseguradora del causante del daño, en tal sentido, la jurisprudencia ha reconocido que la reclamación frente al asegurado perjudica a su aseguradora, así, igualmente proclama la solidaridad pasiva entre asegurado y asegurador frente a la víctima, que aparece dotada de acción directa contra la Compañía aseguradora.

Dies a quo.—El plazo de prescripción contra la aseguradora deba contarse a partir del momento en que adquirió firmeza la sentencia dictada por el tribunal italiano.

Plazo de prescripción de la acción directa desde la sentencia: norma aplicable.—No es de aplicación el plazo de prescripción del artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro, toda vez que este opera en el marco de las relaciones contractuales propias de un contrato de dicha naturaleza, sin que entre el actor y la compañía aseguradora existan vínculos de tal clase. Tampoco el artículo 1968.2 del CC, dado que no nos encontramos ante una reclamación derivada de responsabilidad extracontractual. En el contexto expuesto, el plazo de prescripción será el que rija para el ejercicio del derecho que tiene el perjudicado frente a la entidad asegurada (en este caso es el propio de un contrato de transporte internacional de mercancías, y, por consiguiente, el de uno o tres años según resulta del juego normativo del art. 32 de la CMR).

Contrato de transporte. Responsabilidad del transportista: supuesto.—La jurisprudencia ha reconocido, en un caso de robo de la mercancía, (estacionamiento en lugar peligroso, accesible y no vigilado, débil protección de la mercancía en un remolque cubierto por una lona y ausencia de vigilancia

por el conductor) se consideró que dichas circunstancias permitían que la calificación de la conducta del transportista tuviera acogida en el sentido amplio del dolo, respecto del incumplimiento de los deberes elementales de la obligación de custodia que le incumbía; extremo que justifica la no aplicación de los límites cuantitativos derivados del artículo 23, en relación al artículo 29 del CMR, que habla de dolo o culpa que sea equiparada al dolo por la Ley de la Jurisdicción a que se refiera. (STS de 26 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La representación procesal de don E., interpuso demanda contra M. Cía. de Seguros, SA, en la que solicitaba se condenara a la mercantil demandada a que abone al actor cierta cantidad de dinero a la que fue condenada su asegurada U. S. A. por sentencia de un tribunal italiano, más los intereses legales, en este caso los previstos en el artículo 20 de la ley de Contrato de Seguro. La parte demandada se opone a tal petición y solicita que se desestime la demanda. El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Valencia dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda, toda vez que admitió la excepción de prescripción y rechazó la aplicación del artículo 23 de la LCS, dado que este último opera entre las partes del contrato y no respecto de un tercero perjudicado ajeno a dicho vínculo contractual. Recurrida en apelación por la representación procesal de parte demandante, la sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso y confirmó íntegramente la sentencia impugnada, aunque con matices respecto al plazo de prescripción y el *dies a quo* del mismo. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Derecho al honor de las personas jurídicas: menor intensidad de su protección, y falta de vulneración.—La protección del derecho al honor de las personas jurídicas posee una menor intensidad (SSTS 485/2020, de 22 de septiembre, y 438/2020, de 17 de julio, y las que en ellas se citan). Por ello, la difusión de una información sobre el riesgo de incendio de unas instalaciones ejecutadas por una entidad que, tras las comprobaciones oficiales, fue descartado, no puede ser determinante de una vulneración de su derecho al honor. Debe ponderarse la limitada difusión, en ámbitos estrictamente profesionales y oficiales, de la referida denuncia, y la actuación de su autora dentro de su marco estatutario de fomento de las medidas de seguridad. La exigencia de una total exactitud en la denuncia de peligros, para evitar una condena por intromisión ilegítima en el honor de la entidad de que se trate, podría desincentivar la comunicación a las autoridades competentes de deficiencias, anomalías o defectos de seguridad. (STS de 29 de marzo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una mercantil, adjudicataria de la ejecución de unas instalaciones para alojar una feria de artesanía de la Comunidad de Madrid, inició un proceso sobre tutela del derecho fundamental al honor, pues consideró perjudicada su reputación por una informa-

ción que alegaba no veraz, difundida por una asociación y en la que se le imputaba haber empleado materiales que no cumplían con la normativa contra incendios. La información fue remitida a la promotora del concurso público, así como a otros departamentos de la Comunidad Autónoma y Ayuntamiento de Madrid, y a la asociación que agrupaba a los profesionales que participaban en la feria, a los pocos días de su comienzo. A resultas de tal comunicación, la entidad actora acreditó, a requerimiento del Ayuntamiento, que la instalación cumplía con la normativa referida. La asociación que difundió la información tenía entre sus fines estatutarios «la defensa de la actividad propia de la profesión, especialmente, a través del fomento de las medidas de seguridad ciudadana y laboral, y control de calidad en las carpas y estructuras móviles». El Juzgado de Primera Instancia apreció que la información no era veraz, pues se basó únicamente en seis fotografías que en un día no determinado tomó un representante de la demandada no llamado a declarar, y causaba un grave perjuicio a la demandante. La Audiencia Provincial revocó la sentencia con fundamento en que la comunicación se limitaba a poner en conocimiento lo que aquella entendió una serie de deficiencias, a ofrecer su colaboración, sin haberse divulgado pública e indiscriminadamente, y sin que la inexactitud de la información permitiera deducir un atentado a la profesionalidad de la actora, cuando fue remitida para su comprobación por las instituciones. La demandante recurrió en casación amparándose en la infracción del artículo 18 de la Constitución Española, y del artículo 7.7 de la LO 1/1982, en relación con el artículo 2.1 de la misma, argumentando que debía considerarse prevalente el derecho al honor frente a la libertad de información, al no ser esta veraz, pues la demandada no había actuado con la diligencia exigible para comprobar los hechos. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El derecho al honor de las personas jurídicas ha sido reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 139/1995, de 26 de septiembre (recurso 83/1994), a pesar de que la Constitución no contiene reglas de atribución de derechos fundamentales a dichas entidades. La sentencia extractada realiza una ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la información, que resulta plausible por la presencia de valores como el de la seguridad de los usuarios de las instalaciones pues, de exigirse la total exactitud de la información, la sociedad en su conjunto resultaría perjudicada. A ello se añade la menor intensidad en la protección del honor de las personas jurídicas (vid. SSTs 429/2020, de 15 de julio, 157/2020, de 6 de marzo, 539/2019, de 7 de noviembre, 35/2017, de 19 de enero, y 594/2015, de 11 de noviembre, entre otras). (F. S. N.)

4. Derecho al honor.—El Tribunal Supremo defiende que la retransmisión en un programa de televisión informativo de una entrevista realizada con el consentimiento del entrevistado no supone una infracción a su honor. El hecho de no haber sopesado adecuadamente las repercusiones que la emisión de la entrevista pudiera tener no implica la existencia de una violación del derecho al honor.

Proyección pública del entrevistado. Ponderación.—Es doctrina de este Tribunal (SSTS 71/2015, de 13 de febrero y 370/2019, de 27 de junio) que «todo conflicto entre derechos y libertades fundamentales debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional teniendo en cuenta las circunstancias del caso». La Sala considera que un Presidente de Asociación de Vecinos es un destacado representante del barrio, lo que le dota de una «indudable proyección pública en el ámbito que gestiona», destacando que el programa de televisión estaba relacionado con la ocupación de inmuebles, tema de gran trascendencia e interés público.

Derecho a la imagen.—Tal y como se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 132/1995, de 11 de septiembre), no procede dar a la publicación de imágenes accesorias «un tratamiento distinto al que merece el conjunto de la información». En este sentido, la retransmisión de secuencias inocuas para la imagen del entrevistado, relacionadas con la información que se pretende transmitir y relativas al ejercicio de sus funciones, no pueden suponer un atentado contra su imagen, siempre y cuando tengan interés público. (STC de 30 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Santiago, Presidente de una Asociación de Vecinos, interpuso demanda contra Mediatso S. L. y la Corporación de Radio y Televisión Española S. A. solicitando que se declarase que los demandados habían cometido una intromisión ilegítima en su honor en relación con una entrevista difundida en un programa de Televisión Española sobre ocupación de viviendas que se habría realizado mediante engaño. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al no considerar probado el engaño alegado. Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación que, asimismo, fue desestimado por la Audiencia Provincial. Santiago interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación argumentando que la difusión del reportaje constituyó una extralimitación del derecho a la información que afectó a su derecho al honor y a su imagen, pues no cumplió con la finalidad para la que se prestó el consentimiento. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (M. S. G.)

5. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.—El titular de una página web será responsable de las intromisiones ilegítimas cometidas por los usuarios del chat de un diario digital, tal como señala el artículo 16.1 de la Ley 34/2002, si tuvo conocimiento efectivo de los comentarios y no actuó con diligencia para retirarlos o hacer imposible el acceso a ellos. El requisito del «conocimiento efectivo» establecido en el precepto señalado ha sido interpretado de manera amplia, de tal manera que no se exige que, en todo caso, exista una previa resolución del órgano competente que haya declarado la ilicitud de los datos y ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos. Pueden existir otras circunstancias que supongan la existencia de ese conocimiento efectivo.

Independencia de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.—La captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona puede dar lugar a tres supuestos: 1) que se vulnere su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá cuando se invada la

intimidad, pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; 2) que se vulnere el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; 3) que la imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada. (STS de 27 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 5 de julio de 2005, el diario EM publicaba un artículo relatando la desgraciada vida de una persona que había tenido que enterrar a dos de sus tres hijos, presuntamente asesinados por su marido, entre otras penosas situaciones. En la edición digital del diario, varios lectores hicieron comentarios al artículo a través de la página web. M presentó una demanda contra la editorial del diario, en la que solicitó: a) que se declarase que la publicación de ese artículo y de los comentarios de los lectores constituía una intromisión ilegítima en el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de la demandante y de sus hijos fallecidos; b) se condenara a la editorial a pagarle 60.000 euros como indemnización por daños morales; c) se la condenara al cese inmediato en la intromisión en esos derechos y a la publicación de la sentencia. El Juez de Primera Instancia declaró todas las intromisiones señaladas en la demanda, pero redujo la indemnización a 20.000 euros.

La editorial demandada interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, salvo en la declaración de intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar de los hijos de la demandante, que se dejó sin efecto.

La editorial demandada interpuso recurso de casación, basado en tres motivos: 1) la infracción del artículo 16.1.a) y último párrafo de la Ley 34/2002, al hacerla responsable de los comentarios publicados por los lectores en el chat de la noticia; 2) se impugna la ponderación realizada entre la libertad de información del diario y los derechos de la personalidad de la demandante y la memoria de sus hijos fallecidos; 3) se impugna la cuantía de la indemnización a que fue condenada.

En cuanto a la primera alegación, entiende el Tribunal Supremo que no cabe aplicar la exención de responsabilidad del prestador de servicios del artículo 16.1 de la Ley 34/2002, por los siguientes motivos: a) que la información se refiera a una persona que carece de relevancia pública ni ostenta un cargo público, hace que no pueda considerarse imprevisible para los responsables de la edición digital del diario que, en caso de habilitar un chat anejo al artículo para que los lectores pudieran publicar sus comentarios, algunos de estos comentarios fueran ofensivos para la afectada y agravaran su aflicción; b) el propio hecho de abrir un chat anejo a este tipo de noticias supone un riesgo objetivo ante la posibilidad de comentarios ofensivos, malintencionados o simplemente poco cuidadosos, que debe asumir la editora, por lo que aumenta su deber de supervisión; c) la pasividad de la demandada ante estos comentarios alojados en su web y su falta de diligencia en retirar-

los o hacerlos inaccesibles, se hacen evidentes porque cuando recibió la demanda no procedió a retirarlos. Por tanto, desestima este primer motivo de casación.

A continuación, el Alto Tribunal se refiere al conflicto entre el derecho a la libertad de información de la editorial demandada y los derechos al honor e intimidad personal y familiar de la demandante, así como la memoria de sus hijos fallecidos. En primer lugar, afirma que la información contenida en la noticia es de interés general. Las referencias a la intimidad personal y familiar incluidas se encuentran amparadas por la libertad de información, incluso aunque llegue a producirse la caracterización de los afectados. Explica el Tribunal Supremo que la crónica de sucesos, dentro de los márgenes de los usos propios de este género periodístico, permite que la información publicada incorpore un cierto grado de caracterización de las personas a que se refiere. Por otro lado, las fotografías de los hijos de la demandante en el diario no constituyen un atentado al derecho a la intimidad ni al derecho a la propia imagen, pues no muestran ningún aspecto reservado ni tienen ninguna connotación denigratoria. De ahí que el Tribunal Supremo estime este segundo motivo de casación.

Finalmente, por lo que se refiere al tercer motivo, explica el Tribunal Supremo que, al modificarse la calificación de la conducta de la demandada y la incidencia de tal conducta en la situación en la que se encuentra sumida la demandante, considera procedente la reducción de la indemnización. Señala que la cuantía responde a la gravedad de la conducta de la demandada, a la vista del carácter denigratorio de algunos comentarios vertidos en el chat, y a la entidad de la lesión que la misma ha producido. De ahí que el Alto Tribunal acabe estimando en parte el recurso.

NOTA.—Sobre el significado del requisito del «conocimiento efectivo», establecido en el artículo 16 de la Ley 34/2002, *vid.* la STS de 2 de junio de 2020. Respecto al contenido jurídico del derecho a la intimidad y a la propia imagen, *vid.* la STC 156/2001, de 2 de julio. (S. L. M.)

6. Derecho al honor. Libertad de información. Intromisión ilegítima. Juicio de ponderación. Requisitos necesarios para la preeminencia de la libertad de información sobre el honor o intimidad de la persona.—Debe tomarse como punto de partida la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, tan conocida que huelga la cita de sentencias concretas, según la cual la preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de información sobre el derecho al honor solo puede mantenerse en el caso concreto si concurren tres requisitos: interés general o relevancia pública de la información comunicada, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas; proporcionalidad, es decir, que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias; y veracidad, que es el requisito propiamente legitimador de la libertad de información, pues a diferencia de los otros dos, este no es exigible cuando se ejerce la libertad de expresión.

La veracidad como elemento de la información. Significado. Requisitos. Doctrina jurisprudencial.—Para la jurisprudencia el concepto de veraci-

dad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido, ya que cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, sino estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y debe exigir que lo que transmite como hechos hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos. De ahí que, cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, pueda no ser necesaria una comprobación mayor que la exactitud o identidad de la fuente, máxime si esta puede mencionarse en la información misma (STC 178/1993). En la misma línea, las SSTS 258/2017, de 26 de abril; 456/2018, de 18 de julio; y 252/2019, de 7 de mayo. Así pues, el deber de veracidad ha de entenderse como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador a la hora de contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales y ajustándose a las circunstancias del caso, aunque la información con el transcurso del tiempo pueda ser desmentida o no resultar confirmada, faltando esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones (SSTS 384/2020, de 1 de julio; 170/2020, de 11 de marzo; 774/2020, de 24 de febrero; 51/2020, de 22 de enero; 606/2019, de 13 de noviembre; y 252/2019, de 7 de mayo, entre otras).

Validez de la información. Carácter no injurioso, ofensivo o difamatorio de las expresiones vertidas o de las conductas imputadas a los demandantes.—Indiscutido e indiscutible el interés general del núcleo de la información transmitida en el artículo enjuiciado, los hechos en concreto atribuidos a los demandantes hoy recurrentes no menoscaban por sí mismos su dignidad y consideración ante los demás, ya que consisten en el adoctrinamiento a los alumnos en una determinada corriente de la religión islámica, más integrista que otras, llevándolos a rezar a una mezquita determinada, conducta no reprochable ni deshonrosa en sí misma, como tampoco lo sería en otra religión, y en la pertenencia a una determinada corriente del Islam caracterizada por su radicalidad, lo que tampoco es socialmente reprochable. Si a lo anterior se une que el informador escribió su artículo después de consultar diversas fuentes oficiales y que intentó obtener la versión del centro de menores sin conseguirlo, la conclusión procedente es que el juicio de ponderación del tribunal sentenciador no infringió las normas, sino que por el contrario, se ajustó a la jurisprudencia de esta Sala. (**STS de 24 de marzo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—A y B interpusieron demanda, por intromisión ilegítima en su derecho al honor, contra E y la empresa editora del diario ABC, en cuyas páginas, tanto en formato papel como electrónico, el periodista había publicado un artículo en el que, en general, se hacía eco del riesgo de radicalización de menores extranjeros no acompañados (MENAs), de origen marroquí, acogidos en centros de menores de la Generalitat, gestionados por fundaciones privadas, y cuyos educadores, según el periodista, eran seleccionados principalmente por la identidad lingüística que mantenían con dichos menores. En el artículo en cuestión se aludía, en concreto, al peligro que suponía la actividad de los dos demandantes, identificados por sus nombres y apellidos, a quienes se les atribuía labores de adoctrinamiento religioso consistentes en llevar a los menores a una mezquita donde se difundían ideas radicales propias del integrismo islámico, así como

la pertenencia de uno de los educadores a una organización político-religiosa prohibida en muchos países por estar alineada con el islamismo más radical. Considerando el autor del reportaje que con esas conductas se aumentaba el riesgo de que los menores que se encontraban en una situación de evidente vulnerabilidad, dada su situación de desarraigo familiar y social, quedaran expuestos a la captación por grupos yihadistas. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona desestimaron la demanda, al considerar que, además del interés general de la información publicada, no concurría intromisión ilegítima ni lesión del honor de los actores, pues las conductas que se les imputaban no eran injuriosas ni ofensivas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

7. Diferencias entre libertad de información y libertad de expresión.—La libertad de expresión comprende la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. En cambio, la libertad de información abarca la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a veces necesitan apoyarse mutuamente. Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos, es necesario separarlos, y solo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante.

Por otro lado, la veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de los hechos, condiciona la legitimidad del derecho a la información. Este requisito, sin embargo, no es exigible cuando lo que se ejercita es la libertad de expresión, pues las opiniones y juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud, como sí ocurre con los hechos. (**STS de 16 de abril de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 10 de diciembre de 2016, el diario EE publicó un artículo sobre un futbolista y las sociedades de las que era dueño, dando a entender que las utilizaba para evadir el pago de tributos. R interpuso demanda contra la editora de EE, el director del periódico y los dos periodistas que firmaban el artículo. Se pedía que se declarara que dicho artículo constituía una intromisión ilegítima en el honor del demandante, en la medida en que contenía afirmaciones absolutamente tendenciosas y denigrantes contra su persona, en un claro intento de menoscabar su fama y notoriedad. Además, se pedía también la condena al pago de una indemnización.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Apreció la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y condenó a los demandados al pago de una indemnización en una cuantía inferior a la reclamada. El Juez concluyó que los demandados no actuaron con la diligencia debida en la forma de redactar la noticia, pues, aun siendo veraz la información, su fondo o forma resultaban lesivos del honor de una tercera persona. Entendió que el hecho de que el demandante hubiera sido condenado por sentencia

firme por la comisión de tres delitos contra la Hacienda Pública no justificaba la forma y el fondo de la noticia.

Los demandados recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Señaló que el artículo estaba construido con datos objetivos obtenidos: a) de un registro público, como es el Registro Mercantil, que por este motivo no constituye una intromisión ilegítima en su vida privada; b) de información del juicio penal contra el jugador y su padre por irregularidades con Hacienda, que tampoco constituye una intromisión en la vida privada del actor porque es un hecho notorio y de interés general por la repercusión mediática del jugador. Entendió la Audiencia que la libertad de expresión de los demandados debía prevalecer sobre el derecho al honor.

La sentencia de apelación fue recurrida por el actor, alegando la infracción del artículo 20.1.d) CE, en relación con el artículo 18.1 CE y el artículo 7.7 LO 1/1982. Comienza señalando el Tribunal Supremo que no es necesario distinguir entre los elementos informativos y valorativos, a los efectos de aplicarles un régimen distinto al realizar el juicio de ponderación entre los derechos afectados, pues todo el artículo tiene una finalidad informativa y propiamente no existen valoraciones de la conducta.

Por otro lado, el Alto Tribunal considera que debe prevalecer el derecho a la información sobre el derecho al honor, pues se cumplen los criterios jurisprudenciales establecidos para resolver este tipo de conflictos: 1) los hechos narrados tienen interés general, atendiendo al carácter público del personaje afectado por la información, la sensibilidad social sobre el cumplimiento de las obligaciones tributarias y el medio de difusión de la noticia (un periódico de información económica); 2) el objeto de la información se nutre de datos verdaderos, sin perjuicio de que en la forma de exposición pueda ahondarse en el tono peyorativo de los hechos. De ahí que el Tribunal Supremo acabara desestimando el recurso de casación.

NOTA.—El conflicto planteado en esta sentencia ha sido objeto de un amplio tratamiento en la STS de 15 de julio de 2020. Sobre las diferencias entre la libertad de expresión y la libertad de información, *vid.* las SSTC 104/1986, de 17 de julio, 110/2000, de 5 de mayo, 139/2007, de 4 de junio, 9/2007, de 15 de enero, 77/2009, de 23 de marzo, 29/2009, de 26 de enero, 50/2010, de 4 de octubre, 41/2011, de 11 de abril, y 216/2013, así como las SSTS de 26 de febrero de 2014 y de 24 de marzo de 2014. (*S. L. M.*)

8. Ejercicio del derecho de rectificación.—El derecho de rectificación está íntimamente relacionado con dos derechos fundamentales, como son el derecho al honor y la libertad de información. Su objeto son los hechos, no las opiniones, que, afectando a una persona, esta considere inexactos y cuya divulgación pueda ocasionarle un perjuicio. El control judicial a que puede someterse el derecho de rectificación permitiría que el juez acordara la publicación parcial del escrito de rectificación, excluyendo las opiniones o juicios de valor. Dicha labor deberá llevarla a cabo mediante un juicio de ponderación, con el fin de determinar la procedencia o no de reducir ese escrito, sobre todo en aquellos casos en los que opiniones e información se mezclen. Por otro lado, al rectificador no cabe exigirle precisión extrema en los hechos. Así,

la rectificación puede comprender: 1) los hechos objeto de información; 2) otros hechos que, por su estrecha relación con los que fueran objeto de la información, contribuyan a reforzar la negación del rectificador.

El ejercicio del derecho de rectificación no exige que se demuestre la inveracidad de la información publicada. Tampoco la publicación del escrito implica: a) que el medio informativo deba declarar que la información que publicó era incierta; b) que deba modificar su contenido; c) que deba aportar y divulgar todos aquellos datos que confirmen o avalen la información inicialmente publicada. Además, la imposición de la inserción de la rectificación no conlleva la exacción de su contenido, pues no se otorga carta de autenticidad a la versión ofrecida por quien ejercita este derecho. (**STS de 12 de abril de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El 31 de julio de 2018 el diario EMD publicó en su edición digital un artículo sobre un caso de espionaje en el seno de un equipo de fútbol. El 1 de agosto del mismo año, EMD publicó en su edición impresa un artículo sustancialmente idéntico al anterior, con las novedades más recientes sobre ese caso. La noticia se acompañaba de dos sumarios. El 2 de agosto, P remitió un burofax a EMD, recibido al día siguiente, solicitando que se rectificara lo que consideraba una información inexacta y perjudicial. EMD contestó mediante burofax, emitido el 6 de agosto de 2018, en el que manifestaba la improcedencia de publicar la rectificación interesada, en tanto que el diario se había limitado a reproducir la información contenida en la documentación judicial del caso. En septiembre de 2018, P interpuso demanda contra EMD en ejercicio del derecho de rectificación, solicitando que se condenara a la editora a publicar el referido texto de rectificación tanto en su edición impresa, como en la edición digital del diario, y en la forma y plazo previstos en la LO 2/1984. Los demandados se opusieron a la demanda, insistiendo en la improcedencia de la rectificación. El Juez de Primera Instancia consideró improcedente la rectificación y desestimó la demanda, pues ésta se refería a hechos no inexactos cuya divulgación se había hecho al amparo de las libertades de expresión e información, y porque el demandante sólo pretendía que se incluyeran determinadas manifestaciones e interpretaciones de tales hechos.

En apelación, la Audiencia Provincial estimó en parte la demanda y condenó a los demandados a publicar, tanto en la edición impresa como en la digital, los pasajes del texto de la rectificación que se determinaban en el fallo. Según la Audiencia, procede la rectificación por ser la información inexacta y perjudicial para P. Ahora bien, la rectificación debe limitarse a los hechos considerados inexactos, no a juicios de valor u opiniones de P.

La demandada interpuso recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 18.1 y 20.1.d) y 4 de la CE, en relación con los artículos 2.1 y 7.7 de la LO 1/1982 y 1 y 2 de la LO 2/1984. Señaló que: 1) el juicio de ponderación de la Audiencia no fue conforme a Derecho porque, al mezclarse en los artículos enjuiciados elementos informativos y valorativos, debió analizar por separado unos y otros; 2) en dichos artículos prevalecían las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor del demandante, como prueba que se hicieran eco de previas informaciones publica-

das en otros medios que P no entendió ofensivas ni pidió que se rectifican; 3) la rectificación pretendida no cumplía los requisitos legales y jurisprudencia exigibles. Por su parte, P alegó que la publicación de la rectificación no perjudicaba ni limitaba el derecho del medio a la libertad de expresión e información, sino que solo permitía al aludido dar su versión sobre los hechos difundidos, que él consideraba inexactos y perjudiciales.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Considera que el juicio de ponderación realizado por la Audiencia Provincial es ajustado a derecho. El escrito de rectificación se refería a unos hechos concretos contenidos en la información aparecida en los artículos que el recurrido consideraba inexactos y perjudiciales, a fin de que los lectores pudieran formarse su propia opinión con la versión alternativa de los mismos. Como esa pretensión no excedía del derecho de rectificación según su configuración legal y jurisprudencial, y la publicación del escrito de rectificación no implicaba prejuzgar la veracidad de la información publicada por EMD, entiende el Alto Tribunal que tendría que haber sido atendida, aunque se pudieran excluir hechos no perjudiciales.

NOTA.—Sobre el derecho de rectificación, *vid.* las SSTs de 24 de junio de 2020, 7 de noviembre de 2019, 4 de octubre de 2019, 14 de febrero de 2018, 20 de octubre de 2017, 13 de septiembre de 2017 y 17 de junio de 2017. *Vid.*, además, las SSTC 168/1986, de 22 de diciembre y 99/2011, de 20 de junio. (S. L. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Consumidores y usuarios. Derecho de desistimiento en contrato de prestación de servicio, celebrado a distancia, ya iniciada.—La Sala Primera del Tribunal Supremo aclara que el régimen de desistimiento aplicable a un contrato de obra para la instalación de un sistema de calefacción por aire acondicionado con bomba de calor, suscrito a distancia por un consumidor, es el especial de los contratos celebrados a distancia. De esta suerte, habiendo consentido el consumidor el inicio de la obra antes del transcurso del plazo para desistir, el empresario debe restituir el precio abonado por el consumidor deduciendo de este el importe de los trabajos realizados. Por otra parte, el consumidor no ostenta el derecho a recibir las sumas abonadas dobladas tal y como prevé el régimen supletorio de desistimiento para el caso de retraso del empresario en la devolución de estas sumas tras el desistimiento del consumidor, pues resulta de aplicación el derecho de desistimiento específico de los contratos celebrados a distancia, que no contiene un derecho semejante. (**STS de 14 de abril de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Un consumidor contrató a distancia la instalación de sistema de calefacción por aire acondicionado con bomba de calor el 4 de noviembre de 2015, para lo que adelantó 20.000 €. El 13 de noviembre de 2015 el consumidor ejerció su derecho de desistimiento, que no fue aceptado por la instaladora. El consumidor formuló demanda solicitando que se condenara a la instaladora

a restituirle el precio adelantado doblado por el retraso en la devolución de las cuantías, en aplicación de los artículos 68 y 76 TRLGDCU (régimen supletorio de derecho de desistimiento de consumo). La demandada se opuso alegando que resultaba de aplicación el artículo 1594 CC y no el TRLGDCU, de modo que el consumidor debía indemnizarle por todos sus gastos. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda comprendiendo aplicable el artículo 1594 CC y ordenando una restitución a favor del consumidor de solo 5415,59 €, una vez deducidos todos los daños de la empresa instaladora. Recurrida la sentencia de primera instancia por el demandante, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación por entender que no resultaba aplicable el derecho de desistimiento de los artículos 68 y 76 TRLGDCU, ni poderse aplicar el artículo 1594 CC por no haber sido pedido por el demandante, confirmando la sentencia recurrida por no poder empeorar la situación procesal del recurrente (*reformatio in peius*).

El demandante interpuso recurso de casación aduciendo que la sentencia recurrida erró al no calificar el contrato como celebrado a distancia o fuera del establecimiento y, como consecuencia de dicho error, no reconoció su derecho de desistimiento. En estas circunstancias, el Alto Tribunal declaró aplicable el derecho de desistimiento especial de los contratos celebrados a distancia (arts. 93 y siguientes TRLGDCU). Además, aclaró que, dado que el contrato no estaba completamente ejecutado y que el consumidor no había renunciado al ejercicio del derecho de desistimiento, no operaba la exclusión del artículo 103 a) TRLGDCU. En consecuencia, habida cuenta que el consumidor había consentido que el empresario iniciara la prestación de los servicios antes de que transcurriera el plazo de desistimiento, este debía detracer del importe abonado al empresario, a cuya devolución tenía derecho, el importe proporcional de la parte del servicio ya prestado a la fecha de comunicación del desistimiento (art. 108.3 TRLGDCU), lo que el Tribunal cifró en 898 €. Finalmente, el Tribunal Supremo declaró que no era atendible la pretensión del demandante relativa a la reclamación del doble de la cantidad abonada a cuenta, prevista en el artículo 76. II TRLGDCU, ya que esta disposición refiere exclusivamente a los contratos con consumidores que no tengan una regulación específica para el desistimiento, pero no a los contratos que tienen normas especiales al respecto, como son los contratos a distancia. (A. A. O.)

10. Interpretación de cláusula penal por incumplimiento de la obligación de no concurrencia en un contrato de arrendamiento de servicios entre una empresa y una comunidad de propietarios.—Una comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica, si bien son objeto de consideración unitaria a determinados efectos legales, como consecuencia de la existencia de un patrimonio separado colectivo. El reconocimiento de un cierto grado de personalidad, que incluye también la capacidad procesal para demandar y ser demandada, ha sido reforzado normativamente durante los últimos años.

Esta doctrina jurisprudencial se vio confirmada al cobrar carta de naturaleza en 2014, al incluirse expresamente a las entidades sin personalidad jurídica en el

ámbito subjetivo de los consumidores y usuarios. De esta forma, quedaron incluidas en el ámbito de aplicación del TRLGDCU, ahora ya de forma expresa, todas aquellas entidades que carezcan de personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, incluidas las comunidades de propietarios, en la medida en que actúen en el tráfico dentro del ámbito de las funciones que legalmente le corresponden, como destinatario final de los bienes o servicios contratados.

Una cláusula penal que limita durante un año la posibilidad de que una comunidad de propietarios retenga, por medio de su contratación directa o indirecta, por cuenta propia o ajena, a alguno de los trabajadores previamente seleccionados y formados por una empresa prestadora de servicios auxiliares de conserjería cuyo contrato de arrendamiento de servicios con la comunidad ha sido previamente extinguido unilateralmente por la propia comunidad (obligación de no hacer) no resulta abusiva a la luz de la normativa de consumidores y usuarios, pues no afecta ni limita la facultad de poner término al contrato por parte de la comunidad de propietarios. (**STS de 13 de abril de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díez Fraile.]

HECHOS.—La mercantil ASG interpone demanda de juicio ordinario contra la comunidad de propietarios Ermita, solicitando indemnización por incumplimiento de contrato de arrendamiento de servicios (servicios auxiliares de conserjería). La comunidad de propietarios contesta a la demanda solicitando su desestimación, y planteando como cuestión previa la excepción de nulidad por abusividad de la cláusula penal prevista en el contrato de prestación de servicios. Esta cláusula penal prohíbe a la comunidad «contratar como trabajador por cuenta propia o de terceros [...]al personal que, en virtud de este contrato, preste o haya prestado los servicios objeto del mismo, hasta que transcurra un año desde su extinción [...]».

La demanda es desestimada, por considerar dicha cláusula penal nula, nulidad derivada de su consideración como abusiva y como obligación de cumplimiento imposible.

La sentencia es recurrida en apelación por ASG. El recurso es estimado en parte, al entender que dicha cláusula penal es razonable, equilibrada y no de cumplimiento imposible. La comunidad de propietarios es condenada a pagar a ASG 92.358 €.

La comunidad de propietarios Ermita interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo concluye que la comunidad de propietarios actuó bajo el estatuto propio de consumidor en la contratación del arrendamiento de servicios controvertido, pero que, sin embargo, la referida cláusula no es abusiva. El recurso de casación es desestimado.

NOTA.—El Presidente de la sección de la Audiencia Provincial que resolvió el recurso formuló voto particular. (*T. R. C.*)

11. Transacción sobre cláusula suelo.—El documento privado enjuiciado contiene dos cláusulas relevantes, que constituyen los dos elementos esenciales de un negocio transaccional: el banco accede a eliminar el suelo y sustituirlo por un primer periodo a interés fijo y el resto a interés variable sin suelo, y los clientes, que en ese momento podían ejercitar la acción de nulidad de la originaria cláusula suelo, renuncian a su ejercicio.

Cláusula por la que se nova la cláusula de interés remuneratorio con suelo. Control de transparencia.—Una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo, por falta de transparencia, puede ser declarado judicialmente, puede ser objeto de un acuerdo de novación entre ese profesional y ese consumidor. Para que sea válida la novación de la cláusula de interés remuneratorio que contiene una cláusula suelo, es necesario que el consumidor preste un consentimiento libre e informado, pues dicho consumidor debe estar en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación. En el caso objeto del recurso, la modificación de la cláusula relativa a los intereses ordinarios no supuso la mera rebaja del límite mínimo de variabilidad, sino la completa eliminación de la cláusula suelo en la regulación del interés remuneratorio del préstamo hipotecario. No se introdujo una nueva cláusula suelo sobre la que deban proyectarse las específicas exigencias derivadas del principio de transparencia aplicables a tales cláusulas. Las consecuencias jurídicas y económicas que supone la aplicación de un interés remuneratorio a tipo fijo son fácilmente comprensibles por cualquier consumidor. Y el sistema de interés variable que regiría pasado el quinquenio durante el que el interés se devengaría a un tipo fijo, era el previsto en el contrato originalmente (si bien se eliminaba el suelo sobre el que no se había informado adecuadamente al prestatario), que es justamente el interés que el demandante está interesado en que se aplique. Además de lo anterior, consta la entrega al consumidor de una oferta con antelación a la suscripción del documento, en la que se incluía un abanico de varias opciones diversas entre las que el consumidor podía elegir, si es que alguna de ellas se adecuaba a sus intereses, y el contrato se formalizó previo ejercicio de la citada opción. Por otra parte, es relevante el contexto en el que se lleva a cabo la novación, después de que la STS 241/2013, de 9 de mayo, provocara un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia. Asimismo, en el propio acuerdo se hace mención de que la oferta de novación efectuada por la entidad financiera era debida «a la problemática surgida con las cláusulas suelo, incluida la actual tendencia jurisprudencial favorable a la eliminación de las mismas». Estas circunstancias son suficientes para que la estipulación en la que se suprime el interés mínimo, se establece un interés fijo durante cinco años y la vuelta al sistema de interés variable fijado en el préstamo originariamente, pero sin la cláusula suelo cuestionada, pueda superar el control de transparencia.

Cláusula de renuncia de acciones. Control de transparencia. Carácter abusivo.—El hecho de que la cláusula de renuncia de acciones por el consumidor se ciña a las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida, no excluye que haya que examinar la transparencia y, en su caso, abusividad de la cláusula. Un consumidor puede renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula en el marco de un contrato de novación mediante el que esta renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de tal cláusula, siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado, lo que solo sucederá si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que la renuncia conllevaba. En lo relativo a la información necesaria para que el consumidor sea consciente de las consecuencias de la renuncia a las acciones relativas al carácter abusivo de la cláusula suelo, el empresario ha

de poner a disposición del consumidor los datos necesarios para que este pueda calcular fácilmente las cantidades a las que renuncia, es decir, la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo. En el caso objeto de este recurso, la entidad recurrente no puso esos datos a disposición del consumidor. Además de lo anterior, en el documento que hizo llegar al prestatario con antelación a la firma del acuerdo, no se le informó de que una de las contrapartidas a la modificación de la regulación del tipo de interés consistía en la renuncia del prestatario a las acciones relativas al carácter abusivo de la cláusula suelo. La consecuencia de lo expuesto es que la cláusula en la que se contiene esa renuncia de acciones no supera el control de transparencia, porque el predisponente no había facilitado al consumidor la información sobre las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de dicha renuncia, y tal información era necesaria para considerar que la renuncia fue fruto de un consentimiento libre e informado. La consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas y económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para el consumidor, es su consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que declaremos su nulidad de pleno derecho. (STS de 19 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Dos consumidores suscribieron una escritura de préstamo hipotecario con una Caja. En la cláusula relativa al tipo de interés del préstamo se incluía una cláusula suelo del 1,75%. Posteriormente, las partes suscribieron un documento privado que contiene dos estipulaciones relevantes. En la primera se elimina la cláusula suelo. Asimismo, se modifica la regulación del interés remuneratorio, de modo que se establece un periodo de cinco años a tipo fijo del 1,50%, y el resto de la duración del préstamo un interés a tipo variable resultante de añadir al índice de referencia (Euribor a un año) el diferencial (0,80%), pero sin cláusula suelo. En la estipulación segunda, el prestatario renuncia a reclamar cualquier concepto relativo a dicha cláusula suelo. Uno de los prestatarios interpuso una demanda contra la Caja, en la que solicitó la declaración de nulidad de: (i) la cláusula suelo establecida en el contrato de préstamo hipotecario; (ii) el acuerdo privado posterior de modificación del tipo de interés; (iii) la cláusula que establecía el interés de demora. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en lo relativo a la anulación de la cláusula que establecía el interés de demora.

El prestatario interpuso un recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial estimó plenamente el recurso, declaró la nulidad de la cláusula suelo, de todas las estipulaciones del documento de modificación del tipo de interés ordinario mínimo y condenó a la Caja al pago de todas las cantidades que hubiera cobrado por la aplicación de la cláusula suelo.

La Caja interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación. (J. M.^a M. F.)

12. Cláusulas abusivas. Concepto.—El Tribunal Supremo cita la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 9 de julio de 2020), que sostiene que, conforme al artículo 3.1 de la Directiva, «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes». A ello debe añadirse que la lista indicativa que contiene el mismo artículo 3 en su apartado 3 se contemplan, como cláusulas que pueden ser calificadas de este modo, aquellas que tengan por objeto «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor»

Cláusulas abusivas. Negociación individual.—El Tribunal Supremo recuerda que: 1) De acuerdo con lo establecido en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, debe considerarse que una cláusula no se ha negociado individualmente «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido»; 2) Según lo dispuesto por el artículo 10.bis.1 LGDCU, «el profesional que afirma que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba».

Cláusulas abusivas. Régimen de control del carácter abusivo.—A la hora de determinar el régimen de control del carácter abusivo de la cláusula hay que distinguir según si esta ha sido añadida como una cláusula adicional o si constituye una contraprestación de un acuerdo transaccional. En el primer caso, la cláusula no constituye un elemento esencial del contrato y podrá ser objeto de un control de contenido de abusividad directo. En el segundo de los casos, la cláusula se ve afectada por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y únicamente podrá ser objeto de un control de abusividad si no cumple con las exigencias de transparencia material. En esta línea, el Tribunal Supremo sostiene que una declaración unilateral en la que se renuncia al ejercicio de acciones (aunque no sea una renuncia genérica), redactada por el abogado y firmada por el cliente, que se hace en el marco de una relación de prestación de servicios, «tiene una consideración equivalente a si esta declaración apareciera contenida en un contrato escrito junto a otras cláusulas contractuales». (STS de 6 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Regina, que había sufrido lesiones en un ojo como consecuencia de una intervención médica llevada a cabo en el marco de la sanidad pública, encomendó al letrado Edemiro las reclamaciones pertinentes. En noviembre de 2007, Regina había firmado un documento en el que renunciaba a ejercitar acciones contra el letrado en caso de que los procedimientos que se le habían encargado se presentaran fuera de plazo o si fueran desestimados por cualquier causa. El 12 de junio de 2008, Edemiro presentó un recurso contencioso administrativo, que fue desestimado por prescripción de la acción. Regina interpuso entonces demanda contra Edemiro y la entidad de seguros Mapfre Seguros de Empresa S. A. reclamando la cantidad de 113.646 euros, en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial. Finalmente, Regina recurre en casación por infracción de los artículos 10.1. C y 10 bis de la Ley 26/1984

de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente en el momento en el que ocurrieron los hechos), al no haber considerado como abusiva la cláusula contenida en el documento firmado en noviembre de 2007. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*M. S. G.*)

13. Restitución de cantidad entregada en concepto de arras.—No cabe recuperar una cantidad entregada en concepto de arras en el marco de una compraventa, cuando el vendedor, después de rehabilitar y reformar la vivienda vendida, resuelve el contrato ante el incumplimiento por parte del comprador de su obligación de pago de las cantidades aplazadas; y, además, la facultad de retener las arras se pactó precisamente para este supuesto.

Moderación judicial de la cantidad entregada como arras penales.—No resulta posible moderar la cantidad entregada en concepto de arras, si el incumplimiento de la vendedora no es parcial (art. 1154 CC); tampoco cabe moderar esa misma cantidad entregada, por ser extraordinariamente más elevada que el daño irrogado a la vendedora (sobre todo, STS núm. 530/2016, de 13 de septiembre), cuando la vendedora asumía además el compromiso de reformar la vivienda adquirida y la compradora incumplió los plazos estipulados para el pago del resto del precio. (**STS de 12 de abril de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 2 de octubre de 2013 Benita (compradora) e Inmuebles Farners, SL (vendedora) suscribieron un contrato de compraventa de una vivienda por el cual la vendedora se comprometía, primero, a reformar y rehabilitar la vivienda. En este sentido, la compradora entregó a la vendedora 9.000 euros como compromiso de compra, posponiéndose el pago del resto (99.000 euros) a la finalización de las obras, cuyo plazo máximo se fijaba para el 30 de noviembre de 2013. Conforme avanzaron las obras, las partes suscribieron dos contratos más en los que, además de confirmar las anteriores condiciones, se establecían las respectivas fechas para el pago aplazado del resto del precio y se retrasaba la fecha máxima de finalización de las obras.

Al acercarse la fecha prevista para el primer pago aplazado, Benita comunicó verbalmente a Inmuebles Farners que no iba a pagar. El 14 de diciembre de 2013, Inmuebles Farners remitió a Benita un escrito de resolución del contrato en el que, adicionalmente, le ofrecía la posibilidad de negociar uno nuevo en el plazo de 7 días. Pasado el plazo conferido, el 7 de enero de 2014, Benita contestó mediante un escrito en el que afirmaba que la resolución era únicamente imputable a Inmuebles Farners y solicitó la devolución de los 9.000 euros entregados.

En enero de 2014, Inmuebles Farners vendió la casa a un tercero por 90.000 euros.

El 15 de noviembre de 2016, Benita demandó a Inmuebles Farners solicitando que se declare la resolución del contrato de compraventa de fecha 29 de noviembre de 2013 por incumplimiento de la demandada; y la condena a la vendedora a restituir los 9.000 euros anticipados. Inmuebles Farners contestó y se opuso alegando el incumplimiento de la compradora.

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda, apreció el incumplimiento de la compradora actora y declaró conforme a derecho la resolución extrajudicial de Inmobles Farnes.

Benita recurrió en apelación, argumentando que, en todo caso, la resolución del contrato le daba derecho a recuperar la suma anticipada. La audiencia provincial estimó en parte el recurso de la compradora, condenando a la vendedora a restituir la mitad del precio anticipado (4.500 euros). A juicio de la audiencia, se trataba de un incumplimiento parcial, por lo que procedía la moderación del importe entregado como arras penales.

Frente a esta sentencia, Inmobles Farnes interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

14. Concurso de acreedores. Demandante declarado en concurso después de la presentación de la demanda, con suspensión de facultades.

Legitimación para recurrir.—De acuerdo con el artículo 51.2 LC 2003, cuando se produce una suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado, este se ve sustituido por la administración concursal en los procedimientos judiciales en trámite. A estos efectos, dicha administración deberá personarse en la causa y solicitar la correspondiente sustitución procesal. La sustitución no impide al deudor mantener una representación y defensa separadas, siempre que garantice que los gastos de su actuación procesal, así como la efectividad de la eventual condena en costas, no recaerán sobre la masa del concurso; pero en ningún caso puede realizar las actuaciones procesales que —según el propio precepto— corresponden a la administración concursal con autorización del juez. Asimismo, el artículo 54.1 dispone que, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición, el ejercicio de las acciones no personales le corresponde a la administración concursal. En las demás acciones comparecerá el deudor, quien no obstante deberá recabar la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

Cuando en el momento de interponerse el recurso de apelación no se ha producido la sustitución procesal de la concursada, por no haberlo interesado los administradores, aquella continúa legitimada para actuar en el proceso, a pesar del régimen de suspensión. Ahora bien, esta legitimación no impide que deba obtener la conformidad de la administración concursal para recurrir en apelación. Y ello porque el deudor concursado se encuentra, *de facto*, en el supuesto contemplado en el artículo 51.3 LC 2003: «en caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio...». Con esta respuesta, se reitera la jurisprudencia establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2018 (núm. 295) y de 15 de octubre de 2018 (núm. 570). (STS de 30 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Una empresa es declarada en concurso, y otra sociedad impugna la lista de acreedores elaborada por la administración concursal, solicitando la inclusión de una serie de créditos a su favor. Con posterioridad a la presentación de la demanda, la sociedad

impugnante es declarada ella misma en concurso, acordándose la suspensión de sus facultades patrimoniales.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda de impugnación. La sociedad demandante interpuso un recurso de apelación, y su administración concursal comunicó expresamente que autorizaba la presentación del recurso. No obstante, este fue desestimado por la Audiencia Provincial al apreciar una causa de inadmisión, a saber, la carencia de legitimación dada la suspensión de facultades. Se interpone un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación, impugnándose en ambos la conclusión de la Audiencia. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, acordando la devolución de las actuaciones al tribunal de segunda instancia para que dicte una nueva sentencia en la que se pronuncie sobre el recurso de apelación

NOTA.—En el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, las cuestiones relevantes en la sentencia se encuentran reguladas en los artículos 119.1, 120 y 121; con un contenido equivalente al de la antigua legislación. (R. P. C.)

15. Obligaciones. Cesión de créditos: naturaleza.—La cesión de créditos y demás derechos incorporales son contratos traslativos que se perfeccionan por el mero consentimiento de cedente y cesionario (arts. 1526 y siguientes CC y 347 y 348 Ccom), sin necesidad de acto alguno de entrega o traspaso posesorio del derecho cedido para dejar de ser titular del mismo, sin perjuicio de los requisitos necesarios para que produzca efectos frente a terceros, conforme al artículo 1526 CC. Tampoco es necesario el consentimiento del deudor cedido, ni siquiera es preciso su conocimiento, para que se produzca el efecto traslativo de la titularidad del crédito, sin perjuicio de que el pago hecho por aquel al cedente antes de tener conocimiento de la cesión le libere de la obligación (art. 1527 CC).

Obligaciones. Compensación de créditos: concepto y alcance.—La compensación es una forma de extinción de obligaciones (art. 1156 CC) que opera *ope legis* cuando se dan los presupuestos de los artículos 1195 y 1196 CC, y con los efectos que establece el artículo 1202 CC.

Finalidad.—La compensación evita la duplicidad de pagos, mediante la extinción, en la cantidad concurrente, de las deudas a cargo de personas que sean recíprocamente, y por derecho propio, acreedoras y deudoras. El efecto extintivo se produce desde el momento en que concurren los requisitos exigidos por la ley para que tenga lugar (art. 1202 CC), siempre que alguno de los interesados la haga valer. En tal sentido, compensar deudas supone sustituir dos actos de cumplimiento, con efectivas transferencias de fondos, por una mera operación contable. Es una forma de satisfacción, o subrogado del pago, que libera a los deudores recíprocos sin necesidad de ejecución de las respectivas prestaciones (*crediti et debiti inter se contributio*).

Tratamiento concursal.—Aunque se trate de una forma de pago o satisfacción de un crédito su tratamiento concursal no es equivalente al del pago. Así, en principio, no cabe el pago de un crédito concursal después de la declaración de concurso, si no es mediante la solución concursal por la que se opte (convenio o la liquidación y pago, sujeto al orden de prelación apro-

bado con la clasificación de créditos), y sin embargo cabe la compensación fuera de los supuestos prohibidos en el artículo 58 LC.

Efecto reflejo.—Este distinto tratamiento de la compensación en el concurso tiene un efecto reflejo respecto del tratamiento que merece la rescisión concursal de los pagos hechos por compensación antes de la declaración de concurso. En principio, si la compensación legal practicada justo antes de la declaración de concurso cumplía todos los requisitos legales que la hubieran hecho válida al amparo del artículo 58 LC de haberse practicado después de la declaración de concurso, en ese caso no podría ser objeto de rescisión concursal, a no ser que concurriera alguna circunstancia extraordinaria que pusiera en evidencia la injustificación del sacrificio patrimonial que conllevaba para la masa del concurso. Y en este caso, como veremos, esta circunstancia radica no solo en el momento en que se realiza la compensación (después de la comunicación del art. 5 bis LC) y en el efecto perseguido de que se extingan créditos que en el concurso hubieran merecido la consideración de créditos subordinados, sino también y sobre todo en el hecho de que quienes practicaron la compensación no eran las originarias titulares de los créditos compensados, sino otras sociedades de mismo grupo que les cedieron los créditos para asegurarse el pago por compensación.

Efectos de forma automática.—La jurisprudencia ha reiterado que, aunque los efectos de la compensación se producen de forma automática o *ipso iure*, con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia *ex tunc*, este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De forma que el efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, sin perjuicio de que en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas (en la cantidad concurrente).

Posición doctrinal.—Una amplia parte de la doctrina autorizada ha defendido que se trata de una facultad jurídica y no de un efecto extintivo desencadenado de forma automática por el ministerio de la ley. La compensación, para ser eficaz, exige o presupone una voluntad de actuarla por una de las partes, como lo demuestra que cabe su renuncia, no es apreciable de oficio por los tribunales y el pago de la deuda susceptible de compensación no es pago indebido. En este sentido se ha recordado que el Código civil habla reiteradamente de oponer la compensación (arts. 1197, 1198 y 1200), y que el artículo 1202 no incorpora la expresión «por ministerio de la ley» que figuraba en el artículo 1123 del Proyecto de 1851, procedente del Código francés. Es cierto que, a partir del momento en que concurren todos los requisitos de la compensación (arts. 1195 y 1196 CC), su alegación, por vía de acción o de excepción, por el acreedor que es a su vez deudor de su deudor, que lo es por derecho propio y a título principal, genera el resultado extintivo previsto en la ley (art. 1156 CC) con efectos retroactivos a la fecha en que aquellos requisitos concurren.

Compensación legal.—Pero para que esa «compensación legal» opere en el ámbito extrajudicial es preciso que el deudor/acreedor recíproco, frente a quien se alega, acepte los presupuestos en que se basa la compensación (créditos recíprocos, líquidos vencidos y exigibles, por derecho propio, a título principal, prestaciones debidas de la misma especie y calidad—homogeneidad de las obligaciones—, ausencia de retención o contienda sobre ninguna de las obligaciones promovida por terceros). La aceptación de estos presupuestos expresa o tácita, a través, en su caso, del aquietamiento a la alegación o declaración de la compensación por parte de quien quiere hacerla valer, son

actos u omisiones, respectivamente, imputables al acreedor/deudor frente a quien se hace valer aquella, que expresan una voluntad de aceptación o no oposición que, a los efectos concursales, son subsumibles en el concepto amplio de «actos del deudor» a que se refiere el artículo 71.1 LC, de acuerdo con la finalidad a que responde el precepto. Por tanto, no puede afirmarse que la compensación sea ajena al deudor concursado.

Pago indebido.—En principio, un pago debido (también el pago por compensación) realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que la deuda a la que se aplique esté vencida y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par conditio creditorum*.

Presunción de perjuicio patrimonial.—Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el artículo 93 de la Ley Concursal, el artículo 71.3.1.º presume el perjuicio patrimonial, pero permite prueba en contrario. Esta prueba en contrario consistiría en la justificación de por qué el pago por compensación en este caso entrañaba un sacrificio patrimonial justificado, en atención a las especiales circunstancias en que fue realizado.

Concursal. La prohibición de compensación de deudas en el concurso: alcance.— En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la *par conditio creditorum*, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el artículo 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.

Efectos.—La jurisprudencia ha sostenido que, aunque los efectos de la compensación se producen de forma automática o *ipso iure*, con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia *ex tunc*, este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.

Excepciones.—La prohibición de compensación no se aplica (i) a los créditos contra la masa, que no se integran en la masa pasiva del concurso, no se sujetan a las reglas de la *par conditio creditorum*, y pueden ser pagados al margen de la solución concursal, ya sea el convenio o la liquidación; (ii) tampoco se aplica, después de la aprobación del convenio, mientras no haya declaración de cumplimiento ni incumplimiento, respecto de las cantidades novadas (por la quita) y vencidas (iii) ni a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual de la que han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración del concurso de una de las partes.

Concursal. Rescisión concursal de los actos dispositivos realizados por el concursado antes de la declaración de concurso: fundamento y requisitos.—El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados en los dos años anteriores a la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. Dos son, por tanto, los requisitos para que prospere la rescisión: que el acto sea perjudicial para la masa activa y que haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiera habido intención fraudulenta.

Acreditación del perjuicio.—En principio, el perjuicio debe ser acreditado por quien insta la rescisión del acto impugnado (art. 71.4 LC), salvo que sea uno de los contemplados en el apartado 2 del artículo 71 LC, en los que se presume el perjuicio *iuris et de iure*, o de aquellos otros supuestos que regula el artículo 71.3 LC, que admiten prueba en contrario, pero, en este último caso, a cargo de los demandados, prueba que debe ir dirigida a que el acto impugnado no perjudica a la masa activa.

Pagos.—En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello pueden considerarse todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, la jurisprudencia considera que, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par conditio creditorum*. Resultan determinantes, pues, el momento y las circunstancias en que se realiza el pago, como acto dispositivo objeto de una posible acción de reintegración.

Aplicación analógica.—La jurisprudencia considera que el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos,

pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio *qui suum recepit nullum videre fraudem facere* (quien cobra lo que es suyo no defrauda). Esta doctrina es aplicable por analogía al ámbito de la rescisión concursal y si bien como regla general cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, sin embargo, dicha regla se exceptúa en el caso de que al tiempo de satisfacer el crédito [el deudor] estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido.

Rescisión de las operaciones de compensación.—La jurisprudencia manifiesta que la rescisión de las operaciones de compensación (en las que se yuxtaponen tantos actos de pago como deudas concurrentes se extinguen) no alcanza por sí misma a los negocios jurídicos de cesiones de créditos, del mismo modo en que los efectos de la rescisión del acto unilateral que supone el pago o cumplimiento de una de las contraprestaciones del negocio, no afecta a la validez y eficacia del contrato o negocio del que nace aquella. (STS de 25 de marzo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—La representación procesal de J interpuso demanda de incidente concursal contra la administración concursada B. S. L., y contra L. LTD y A. INC en la que solicitaba se dictara sentencia declarando la rescisión de los actos de compensación de créditos y modificando el inventario de bienes y derechos y la lista de acreedores, en el sentido de incluir como derechos de cobro de la concursada frente a las codemandadas, cantidades que correlativamente se consignarán como créditos subordinados en la lista de acreedores,. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo dictó sentencia en la que estimó la demanda y declaró, nulas las compensaciones de crédito operadas entre la concursada y el resto de codemandadas y, en su consecuencia, acordó incluir en el inventario de la masa activa un crédito a favor de la concursada, e iguales cantidades en la lista de acreedores como créditos a favor de estas últimas y frente a la concursada con la calificación de subordinados, igualmente impuso las costas a la parte demandada. Recurrida en apelación por la representación procesal de las entidades demandadas, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso y acordó no haber lugar a realizar ninguno de los pronunciamientos solicitados en la demanda presentada por don J., imponiéndole las costas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

16. Concurso de acreedores. Propuesta de convenio. Plazo máximo de la espera.—El artículo 100 LC de 2003 regula el contenido de la propuesta de convenio, recogiendo su apartado primero que dicha propuesta deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Sin embargo, en su redacción aplicable al litigio, el artículo 100 no dice nada sobre la duración máxima del plazo de espera, a diferencia de lo que sucedía en el texto original —las esperas respecto de los créditos ordinarios no podían superar los cinco años—. Ahora bien, el artículo 124 LC en su redacción aplicable, regula las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio, estableciendo una mayoría del cincuenta por ciento si concurren deter-

minados supuestos (en el caso de las esperas, que estas no sean mayores de cinco años), y una mayoría del sesenta y cinco por ciento del pasivo ordinario «cuando la propuesta de convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez...».

El Tribunal Supremo reconoce que, tras la reforma del artículo 100 LC, podría pensarse que las proposiciones de espera no tenían ya límite de duración, lo cual iría además en consonancia con la finalidad de la reforma, que buscaba una mayor autonomía de la voluntad para los acreedores. Sin embargo, el artículo 100 no debe interpretarse desconectado del artículo 124, que introduce en la práctica un límite de duración a las proposiciones de espera, de manera que estas no pueden ser superiores a diez años. Se impone así una interpretación sistemática de la ley, que no contradice la finalidad liberalizadora perseguida con la reforma legal mencionada, sino que simplemente matiza el alcance de esa liberalización. (**STS de 30 de marzo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Una sociedad es declarada en concurso de acreedores, presentando una propuesta de convenio que contiene una quita del 50 por ciento del importe de los créditos ordinarios y una espera de quince años, con un calendario de pagos. En la junta de acreedores, esta propuesta de convenio fue aceptada por los acreedores que representaban el 51,29 por ciento del pasivo ordinario. La Abogacía del Estado, en representación de tres acreedores de Derecho Público, formula demanda de oposición basándose en que la propuesta de convenio contenía una espera de quince años, superando el límite legal de diez; y en que resultaría de aplicación la mayoría reforzada del 65 por ciento del pasivo ordinario.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda de oposición a la aprobación del convenio, considerando que, en efecto, al establecer un plazo de quince años se superaba el máximo legal. La sentencia fue recurrida en apelación, pero la Audiencia desestimó el recurso. La sociedad interpuso un recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo con imposición de costas a la parte recurrente.

NOTA.—El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, establece en el apartado primero de su artículo 317: «La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita, de espera o de quita y espera. La espera no podrá ser superior a diez años». El propio Tribunal Supremo menciona este precepto, afirmando que «con ello, el texto refundido ratifica la existencia de este límite legal de 10 años a las proposiciones de espera y pone en evidencia que ya existía, en la ley concursal refundida, sin perjuicio de que estuviera ubicado en un lugar inapropiado». (*R. P. C.*)

17. Arrendamiento de vivienda. Novación modificativa. Prórroga forzosa.—La cuestión litigiosa versa sobre si el contrato celebrado entre las partes en 2001 tiene el carácter de novación extintiva o meramente modificativa del contrato de arrendamiento inicial de 1975 y, en consecuencia, si es o no aplicable el régimen legal de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 LAU de 1964. Pues bien, el contrato de 2001 afecta a dos elementos principales del

contrato de arrendamiento: la cosa (bien arrendado) y el precio (renta), que constituyen la esencia del sinalagma contractual. Con todo, el contrato de 2001 no tiene el carácter de novación propia o extintiva, porque el efecto extintivo no se declara «terminantemente» por las partes, ni de los términos del contrato puede deducirse una voluntad concorde en tal sentido, ni hay una absoluta incompatibilidad entre las obligaciones reflejadas en el contrato de 1975 y en su anexo de 2001. Además, la variación del objeto o de las condiciones principales del contrato constituye precisamente una de las modalidades (novación objetiva) que pueden revestir los acuerdos novatorios modificativos. Por consiguiente, la calificación jurídica más ajustada a la naturaleza de lo pactado en el documento de 2011, con arreglo a su interpretación literal, ajustada a la verdadera voluntad de las partes según resulta de las reglas hermenéuticas legales y jurisprudenciales reseñadas, es la propia de una novación meramente modificativa del contrato de arrendamiento suscrito en 1975. Así pues, la relación arrendaticia entre las partes sigue sujeta al régimen de la LAU 1964 y, por tanto, al sistema de prórroga forzosa de su artículo 57. **(STS de 31 de marzo de 2021;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 2 de junio de 1975, Efrain, como arrendatario, concertó con la entonces propietaria un contrato de arrendamiento sobre un inmueble de carácter urbano. El 8 de noviembre de 2001 las partes suscribieron un contrato, en documento privado, bajo la rúbrica «Anexo 1» al contrato de arrendamiento anterior, en el que pactaron el cambio de inmueble arrendado por una vivienda dentro del mismo edificio, y una sustancial elevación de la renta pactada. Posteriormente, UPL adquirió el edificio al que pertenece la citada vivienda, por lo que se subrogó en la posición de la arrendadora en el contrato de arrendamiento. UPL interpuso una demanda en la que solicitaba, en lo que ahora interesa, la declaración de que la vigencia del contrato de arrendamiento de 8 de noviembre de 2001 expiró el 1 de febrero de 2018 y que, en consecuencia, ha quedado resuelto.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Contra la sentencia del Juzgado se interpuso por el demandante recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial.

El arrendatario demandado interpuso un recurso casación contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo estima el recurso. (*J. M.ª M. F.*)

18. Cooperativas de viviendas. Garantía de devolución de las cantidades anticipadas: consideración.—La Ley 57/1968 impone al promotor de toda clase de viviendas en construcción, también a las cooperativas de viviendas, incluidas las de protección oficial, la obligación «esencial» de garantizar la devolución de las cantidades que entreguen los compradores a cuenta del precio mediante aval o seguro. En particular, la jurisprudencia ha declarado que es aplicable en beneficio de los cooperativistas de viviendas la garantía de devolución de las cantidades anticipadas establecida en el artículo 1-1.ª de dicha ley, como un derecho irrenunciable (art. 7), incluso para la fase inicial o embrionaria de adquisición del solar.

Subsistencia.—De acuerdo con la jurisprudencia sobre la Ley 57/1968, dicha garantía (sea seguro o aval, y en este último caso aunque no se haya

llegado a extender un aval individualizado, subsiste mientras la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido, de manera que la falta de entrega de la vivienda en plazo, conforme al artículo 3 de dicha ley, permite al cesionario optar por la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta y exigir dicha devolución directamente a la entidad garante.

Responsabilidad del avalista.—El avalista responde frente al cesionario de la vivienda, como lo haría el promotor, de la devolución de las cantidades anticipadas por aquel a cuenta del precio si el promotor no cumple su obligación de entrega efectiva.

Extinción por mutuo disenso.—La jurisprudencia declaró que la extinción por mutuo disenso de los contratos de compraventa de vivienda sujetos a la Ley 57/1968 extingue también la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio siempre que ese mutuo disenso sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o, si esta ya se hubiese iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda, y, también exigió para la ejecución del aval el incumplimiento del vendedor, ciertamente que «por cualquier causa», pero asimismo siempre que constituya incumplimiento propio del vendedor y no renuncia anticipada del comprador aceptada por el vendedor. De ahí que concluya declarando que cuestión distinta sería que la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso hubiera sido posterior al vencimiento del plazo contractual para la entrega de la vivienda, pues en tal caso el incumplimiento del vendedor ya se habría producido y, de no cumplir él con la devolución de las cantidades anticipadas, tendría que hacerlo su garante.

No se puede quedar a expensas de la cooperativa.—Lo que nunca ha admitido la jurisprudencia es que los cooperativistas, aun en caso de omisión de un plazo para el inicio de la construcción o para la entrega de las viviendas, queden a expensas de la cooperativa sin posibilidad ninguna de recuperar las cantidades anticipadas, pues entonces se vulneraría abiertamente el carácter irrenunciable que el artículo 7 de la Ley 57/1968 atribuye a los derechos de los adquirentes de viviendas en construcción. (STS de 29 de marzo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La representación procesal de B y V interpuso demanda contra la entidad C. R., S. C., solicitando se dictara sentencia por la que se abone por la demandada determinada cantidad, los cooperativistas-demandantes reclamaron las cantidades aportadas en su día para la adjudicación de una vivienda, dado que la cooperativa-promotora había incumplido su obligación de entregar la vivienda, al no haberse iniciado ni siquiera su construcción pese al tiempo transcurrido desde la incorporación de los demandantes a la cooperativa, lo que motivó que los demandantes se dieran de baja y reclamaran extrajudicialmente tanto a la promotora como al banco avalista. La demanda se dirige contra el banco avalista demandado, todo ello con expresa condena en costas. EL Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cuenca estimó la demanda y condenó a la referida demandada a reintegrar a los actores la cantidad reclamada más intereses con imposición de costas a la parte demandada. Recurrida en apelación por la representación procesal de parte demandada, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cuenca dictó sentencia desestimando el

recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo las costas a la apelante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

19. Acción de desahucio por falta de pago. Necesidad de requerimiento fehaciente de pago con concreción de la cifra debida y claridad suficiente.—Las SSTs de 15 de junio de 2010, 23 de junio de 2014 y 22 de septiembre de 2015, entre otras, en relación con el artículo 22.4 LEC (norma que, según el TS, tiene componente procesal pero también sustantivo en cuanto a la cuestión que aquí se plantea) exige que el requerimiento fehaciente de pago constituya reclamación de una concreta cifra debida. Además, las SSTs 375/2010, de 15 de junio; 302/2014, de 28 de mayo, y 508/2015, de 22 de septiembre, han declarado que el requerimiento ha de serlo por impago de renta o cantidades asimiladas, y tiene que ser fehaciente y con la claridad suficiente. (**STS de 29 de marzo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Elena, en calidad de arrendadora, ejerció las acciones de falta de pago de la renta y reclamación de cantidad frente a una entidad mercantil, arrendataria de una terraza perteneciente a la primera.

Quedó acreditado que la demandada debía el importe de actualización de la renta, según lo pactado, desde febrero de 2017, y que el requerimiento efectuado de pago no hacía referencia alguna a los conceptos ni a las cantidades concretas adeudadas.

El juzgado condenó al pago de la cantidad reclamada y declaró enervada la acción. La audiencia declaró resuelto el arrendamiento porque no procedía la enervación. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil demandada al declarar que esta podía enervar la acción de desahucio mediante la consignación que, de hecho, había efectuado. (I. D.—L.)

20. Arrendamiento de vivienda. Resolución por incumplimiento. Impago del IBI.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que el impago del IBI es un legítimo motivo de la acción resolutoria del contrato de arrendamiento de vivienda. Asimismo, el coste de los servicios y suministros ha de considerarse como cantidades asimiladas a la renta, y su impago es causa de resolución.

Requisitos del requerimiento de pago a los efectos de evitar la enervación de la acción resolutoria.—Los requisitos del requerimiento de pago a los efectos de impedir la enervación de la acción resolutoria en el procedimiento de desahucio son los siguientes: 1. La comunicación ha de contener un requerimiento de pago de renta o cantidad asimilada. 2. Ha de ser fehaciente, es decir, por medio que permita acreditar que llegó a conocimiento del arrendatario, con la claridad suficiente. 3. Ha de referirse a rentas impagadas. 4. Debe transcurrir el plazo legalmente previsto, que ha venido fluctuando entre uno y dos meses, en las sucesivas reformas legales. 5. Que el arrendatario no haya puesto a disposición del arrendador la cantidad reclamada. Sin embargo, no se exige que se comunique al arrendatario: 1. Que el contrato va a ser resuelto. 2. Que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el

plazo preceptivo. El legislador no obliga al arrendador a que se constituya en asesor del arrendatario, sino tan solo a que le requiera de pago. Pues bien, en este caso el requerimiento de pago, a los efectos impositivos de la enervación de la acción, no puede ser el llevado a efecto por medio del burofax de 8 de julio de 2016, notificado a la arrendataria el día 11 de julio, pues desde que esta pagó, el 21 de julio siguiente, no han transcurrido los 30 días a los que se refiere el artículo 22.4.II de la LEC, en su actual redacción. En consecuencia, procede declarar enervada la acción resolutoria ejercitada, por pago de las cantidades adeudadas, antes del transcurso del plazo de los 30 días, una vez presentada la demanda. **(STS de 12 de abril de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El arrendador demandó al arrendatario solicitando la resolución del contrato por el impago del IBI. El juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

Contra dicha resolución se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial.

Contra la sentencia de la Audiencia interpuso el arrendatario demandado un recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso. (*J. M.^a M. F.*)

21. Responsabilidad del director de ejecución de la obra por defectos constructivos: intervención sucesiva de varios arquitectos técnicos, y efectos de la suscripción del certificado final de obra (art. 17.7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación).—De acuerdo con los artículos 13.2 e) y 17.7 LOE, el director de ejecución de la obra responde de la veracidad y exactitud del certificado final de obra, pues constituye una declaración de que se ha ejecutado conforme a proyecto. El presupuesto de la suscripción de este certificado es la función de control que desarrolla este agente, mediante la que puede constatar la correcta ejecución de la obra ordenando la corrección de deficiencias que, de no ser subsanadas por el constructor, le hacen responsable de la emisión del certificado por su falta de veracidad y exactitud. Del artículo 17.7 LOE, que responsabiliza al director de ejecución de la veracidad y exactitud del certificado final, no se infiere automáticamente su responsabilidad por los defectos constructivos que pudieran existir, si no se acredita su imputación a tal agente (STS 619/2012, de 29 de octubre). La LOE no regula el supuesto de contratación sucesiva de dos o más directores de ejecución de la obra. El director de ejecución que firma el certificado final de una construcción en la que ha intervenido con anterioridad otro director, ha de velar por la idoneidad de las obras acometidas (en protección de los adquirentes), pero para que surja su responsabilidad se deberán acreditar la realidad de los defectos, su imputación y cuantía. Por lo anterior, se excluye la responsabilidad del director de ejecución cuando interviene en una parte exigua de las obras, que no presenta defectos, y las deficiencias del resto de la obra, en la que no intervino, no pudieran ser detectables o de ejecución grosera, a la firma del certificado final. **(STS de 15 de abril de 2021; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Un arquitecto técnico asumió la dirección de la ejecución de una obra en un 5,03% después de que falleciera el anterior director, y suscribió el correspondiente certificado final. El Juzgado

de Primera Instancia estimó la demanda presentada por la comunidad de propietarios del edificio, y condenó al segundo técnico interviniente, solidariamente con el resto de los agentes de la edificación, a la reparación de los defectos que presentaba la obra en la parte que había dirigido el técnico fallecido. La Audiencia Provincial revocó esta condena con fundamento en que el nuevo director solo intervino en cuestiones de acabado de la obra, y en que la suscripción de su certificado final no puede ser base para imputarle responsabilidad, pues debe acreditarse que el defecto se causó por su actuación negligente. La comunidad de propietarios interpuso recurso de casación alegando infracción del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación. El Tribunal Supremo no dio lugar a él.

NOTA.—El artículo 17.7 LOE responsabiliza tanto al director de la obra, como al director de ejecución de la obra, de la veracidad y exactitud del certificado final de obra. Sin embargo, entendemos que debe acudirse a las funciones de ambos agentes, no coincidentes (cfr. arts. 12 y 13 LOE), para determinar la responsabilidad de uno u otro. En la misma línea de esta sentencia, se ha sostenido que la mera suscripción de un certificado final de obra no es un criterio de imputación de la responsabilidad (vid. CORDERO LOBATO, E. en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, Navarra, 2007, p. 393; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Valladolid, 2007, p. 219; y SANTANA NAVARRO, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2018, pp. 208-212). Sobre la sucesión de directores de obra, la STS 199/2001, de 5 de marzo, condenó al técnico por no comprobar la impermeabilización de una obra ejecutada parcialmente, años antes, bajo la dirección de otro técnico. (F. S. N.)

22. Seguro. Recargo por demora.—La Sala Primera del Tribunal Supremo reitera que, no siendo discutida la procedencia de la indemnización, la simple discrepancia respecto a su cuantía no constituye causa de exoneración del artículo 20.8 LCS. (STS de 27 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El perjudicado en un accidente contrató a un abogado para que interpusiera una demanda solicitando la indemnización de los daños y perjuicios padecidos. Sin embargo, el letrado presentó la reclamación fuera de plazo, por lo que el perjudicado interpuso una demanda contra dicho abogado y la compañía que aseguraba su responsabilidad civil, solicitando que se les condenara al pago de una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido por el accidente más el interés del artículo 20 LCS. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, pero recurrida aquella en apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso considerando que solo cabía indemnizar la pérdida de oportunidad y que la oposición de la aseguradora era razonable, dado lo desmesurado de la reclamación, por lo que la eximió del pago de los intereses del artículo 20 LCS.

El demandante recurrió dicho fallo en casación insistiendo en la procedencia de la condena al pago del recargo por demora. Por su parte, la Sala Primera del Tribunal Supremo reiteró que no concurre causa justificada, conforme al artículo 20.8 LCS, que ampare la pasividad de la aseguradora en la liquidación del siniestro, cuando: (i) no cuestiona su realidad; (ii) tampoco la responsabilidad del asegurado; (iii) ni la existencia de cobertura derivada del contrato de seguro. Dado que ninguna de estas circunstancias concurría en el caso enjuiciado, anuló parcialmente la sentencia recurrida y condenó a la compañía aseguradora al pago del recargo por la demora del artículo 20 LCS. (A. A. O.)

23. Seguro. Responsabilidad por deficiente asistencia sanitaria. Recargo por demora.—La Sala Primera del Tribunal Supremo insiste en que las compañías de seguros de asistencia sanitaria son responsables por los daños producidos por errores médicos, de modo que son deudoras del recargo por demora del artículo 20 LCS desde el momento en que tienen noticia del error médico, sin proceder a indemnizar, de conformidad con el artículo 20.6 LCS. (STS de 29 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los actores demandaron a ASISA (perteneciendo al colectivo MUFACE) en el ejercicio de una acción de indemnización de daños y perjuicios padecidos por el fallecimiento de su hija de un mes de vida a causa de una dolencia cardíaca no detectada en ninguno de los controles gestacionales ni neonatales, más el interés de demora del artículo 20 LCS. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, condenando al abono de los intereses de demora desde la fecha del fallecimiento (14 de febrero de 2014) en tanto que fecha acaecimiento del siniestro y de causación del daño. La sentencia de segunda instancia, por el contrario, rechazó que la aseguradora hubiera de abonar intereses de demora por no concurrir el supuesto básico para la aplicación del artículo 20 LCS, a saber, la «mora en el cumplimiento de la prestación objeto del seguro», en la comprensión de que ASISA no se obligaba a abonar ninguna indemnización sino a prestar asistencia sanitaria.

Los demandantes recurrieron en casación interesando la aplicación de los intereses del artículo 20 LCS. El Alto Tribunal partió afirmando la legitimación pasiva de ASISA en tanto que responsable extracontractual de la asistencia médica prestada a los mutualistas en virtud del concierto celebrado con MUFACE.

Habiendo sido aclarado lo anterior, el Tribunal Supremo reiteró que las entidades de seguros de asistencia sanitaria (no de reintegro de los gastos médico-quirúrgicos) son deudoras de los intereses del artículo 20 LCS en relación con la indemnización derivada del incumplimiento de sus obligaciones, ya que el precepto «no piensa únicamente en el incumplimiento de la prestación característica e inmediata del asegurador, sino que alcanza a todas las prestaciones convenientes vinculadas al contrato de seguro de asistencia». Asimismo, se insistió en que «[e]s reiterada jurisprudencia de la sala la que viene proclamando sin fisuras que dichos intereses ostentan un carác-

ter marcadamente sancionador, imponiéndose una interpretación restrictiva de las causas justificadas de exoneración del deber de indemnizar, al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados». En consecuencia, el Alto Tribunal descartó que concurriera causa alguna de exoneración al amparo del artículo 20.8 LCS, puesto que no existía ninguna duda racional sobre la obligación de indemnizar.

Finalmente, el Tribunal Supremo fijó el término inicial del cómputo del devengo de dichos intereses en el momento en que la aseguradora debió indemnizar el siniestro, entendiéndose que ello sucedió en la fecha en que se promovieron las diligencias preliminares (5 de febrero de 2015) como momento en que la demandada conoció el error médico y en el que debió liquidar puntualmente el siniestro (art. 20.6 LCS). (A. A. O.)

24. Responsabilidad civil por daños. Filtraciones de agua procedentes de un local arrendado.—La responsabilidad del propietario de un edificio —noción interpretada en sentido amplio— que proclama el artículo 1907 del Código Civil, se refiere a los daños derivados de la ruina total o parcial del mismo, como consecuencia única y exclusivamente de la falta de las reparaciones necesarias. Por su parte, el artículo 1910 del Código Civil hace responsable a la persona que habita la casa o parte de ella, de los daños resultantes de las cosas que se arrojan o caen de la misma. La interpretación de este último precepto es amplia, de modo que, sobre el espíritu y la finalidad de la norma, quedan incluidos en el supuesto de hecho los daños causados por filtraciones de líquidos y por cosas arrojadas dentro del propio edificio. Cuando se trata de un inmueble de uso no residencial, como son las sedes de empresas, locales comerciales, o inmuebles en los que se ejercen profesiones liberales, y existen relaciones de subordinación, la responsabilidad recae en el titular de dicho negocio o empresa. No es responsable el propietario del inmueble si el inquilino no ha advertido de la existencia de deficiencias en el mismo. El Tribunal Supremo recuerda y confirma la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias de 29 de septiembre de 2000 (núm. 859) y de 22 de julio de 2003 (núm. 807), de las cuales resulta que la eventual responsabilidad del propietario del inmueble, si hubiese sido informado de la necesidad de hacer reparaciones o labores de mantenimiento, se incardinaría en el artículo 1902 del Código Civil y no en el artículo 1907, al no ser un caso de ruina los daños derivados de filtraciones o inundaciones. (STS de 15 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El litigio se inicia con sendas demandas por parte de compañías aseguradoras que ejercitan la acción de subrogación del artículo 43 LCS. Solicitan el pago de las sumas abonadas a los asegurados, a raíz de los daños sufridos en sus viviendas situadas en las plantas inferiores al local en el que se produjo la rotura del tubo flexible del inodoro del baño, causando filtraciones y los subsiguientes daños por agua.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda interpuesta contra el propietario del inmueble en el que se originan las filtraciones, estimándola contra la entidad

arrendataria y sus socios. La sentencia fue objeto de recurso de apelación, y en segunda instancia la condena se extendió al propietario, quien interpuso un recurso de casación. El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estima el recurso de casación y anula parcialmente la sentencia recurrida, desestimando la demanda interpuesta contra el propietario del inmueble. (*R. P. C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

25. Desahucio por precario: Se reconoce el ejercicio de esta acción entre coherederos y en beneficio de la comunidad.—Durante el período de indivisión que precede a la partición, todos los coherederos tienen título para poseer como consecuencia de su participación en la comunidad hereditaria, pero ese título no ampara una posesión en exclusiva y excluyente de un bien común por un coheredero (STS del Pleno 547/2010, de 16 de septiembre). Esta jurisprudencia requiere que subsista la situación de indivisión previa a la partición y que la acción de desahucio por precario se ejercite en beneficio de la comunidad. Además, es necesario también que el coheredero contra el que se ejercita la acción de desahucio posea en su mera condición de coheredero, porque si su posesión está amparada por un título que le autoriza a poseer en exclusiva un bien, aunque no se haya realizado la partición, no se encontrará en situación de precario ni podrá prosperar dicha acción.

En caso de disolución de la sociedad de gananciales, pero aún no liquidada, se aplican las reglas de la comunidad hereditaria.—Ello a efectos del goce y disfrute de la cosa común (STS 700/2015, de 9 de diciembre). (**STS de 29 de marzo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Las actoras interpusieron una acción de desahucio por precario contra una coheredera que poseía los bienes en virtud de un acuerdo de colaboración en la explotación agraria familiar que suscribió con el causante y su cónyuge (sus padres) como titulares de la explotación.

El juzgado desestimó la demanda porque la demandada no se limitaba a poseer por mera tolerancia o liberalidad del propietario, sino que disponía de un título para ello: un acuerdo de colaboración en la explotación agraria familiar suscrito al amparo de lo previsto en la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes. La audiencia estimó el recurso de apelación de las actoras acordando el desahucio, al entender que el acuerdo de colaboración suscrito en el año 1992 por la demandada con sus padres no le permitía poseer de manera excluyente los bienes objeto de desahucio. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la poseedora, confirmó la sentencia de primera instancia y consideró que, aunque la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, derogó la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, ello no priva de título a la posesión. (*I. D.—L.*)

26. Editio accionis. Acciones reivindicatoria y publiciana.—La Sala Primera declara que en nuestro ordenamiento jurídico está descartada la obligación de la expresión nominal de la acción, de modo que las interpuestas no se califican por la denominación que le den las partes, sino por los hechos alegados y las pretensiones verdaderamente formuladas. En la medida en que la acción publiciana se entiende comprendida dentro del artículo 348 CC, incurre en incongruencia la sentencia que descarta su análisis, por tratarse de una subespecie de reivindicatoria; o, dicho de otra manera, por ser la acción publiciana una de las facetas de la acción reivindicatoria.

Acción publiciana (reivindicatoria) sobre plaza de garaje.—El propietario de una cuota, si bien indivisa, que otorga el derecho a uso y exclusivo de una plaza de garaje, grafiada numéricamente e identificada plenamente en los planos que acompañan en las escrituras, ostenta un interés legítimo en solicitar la restitución de quien le perturba ilícitamente, es decir, puede ejercitar la acción reivindicatoria. En este sentido, la Sala Primera reitera que, en el momento de la adquisición, la cuota es meramente instrumental del derecho a utilizar un espacio para aparcamiento; en realidad, el objeto de la compra-venta es la plaza o espacio necesario para el aparcamiento y maniobrabilidad de un vehículo. Por eso, procede ejercitar la acción publiciana (reivindicatoria) para solicitar la restitución de quien perturba ilícitamente, si se acreditan sus requisitos, es decir, la preferencia del derecho del actor sobre el poseedor. **(STS de 5 de abril de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—A y B adquirieron, junto con un apartamento, una 1/128 parte del sótano del edificio, destinado a aparcamientos. Por tanto, con derecho a utilizar con carácter exclusivo y excluyente una plaza de aparcamiento XXX que utilizaron hasta el año 2011. En ese momento, C y D los demandados comenzaron a hacer haciendo uso de la misma plaza de garaje, colocando a partir del año 2015 un cepo que impedía a A y B su utilización. Al parecer, C y D habían adquirido, en 2011, junto con un apartamento, la propiedad de otra 1/128 parte del sótano dedicado a aparcamiento con derecho a utilizar la plaza de garaje YYY.

Ante esta situación, A y B interpusieron demanda contra C y D por la que solicitaban la condena a la entrega y reintegro de la posesión de la plaza de garaje y al cese de cualquier acto posesorio sobre la misma. Subsidiariamente, la demanda alegaba la adquisición por los demandantes de la indicada plaza de aparcamiento por prescripción adquisitiva al haberla poseído ininterrumpidamente durante diez años, con buena fe y justo título.

En su contestación a la demanda, C y D argumentaron que los demandantes no eran propietarios de la plaza de garaje en cuestión, sino que solo tienen el derecho de uso exclusivo y excluyente para su utilización y es la comunidad de propietarios quien es la dueña del local donde están las plazas de garaje.

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda y declaró que los demandantes eran propietarios de una 1/128 parte del sótano, con derecho a utilizar con carácter exclusivo y excluyente la plaza de aparcamiento XXX.

La Audiencia Provincial, por el contrario, estimó el recurso de apelación de los demandados y desestimó la demanda. En particular,

la sentencia entendió que la acción reivindicatoria ejercida no podía prosperar, por cuanto los demandantes no eran propietarios, sino que tan solo ostentaban un derecho de uso, el cual no puede equipararse al de propiedad a los efectos del artículo 348 CC. Al mismo tiempo, la sentencia advirtió que la acción publiciana no se había ejercitado y, en consecuencia, sería incongruente resolver sobre ella, pues se trataría de una acción distinta a la reivindicatoria.

Ante ello, los demandantes interpusieron sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo. (A. I. R. A.)

27. Aprobación *ex novo* de la instalación de un ascensor y reparto del coste en un edificio regido por propiedad horizontal.—De acuerdo con los artículos 10.1 y 17.2 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH), procede la instalación de ascensor, aún cuando el importe exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes, cuando el acuerdo haya sido objeto de aprobación por la mayoría de los propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación.

Una cuestión a tener en cuenta es la posible repercusión de la exención de pago de esta instalación de los locales comerciales del edificio. El acuerdo destinado a la distribución de estos gastos de instalación se ha de aprobar con idéntico sistema de mayorías que el acuerdo de instalación del ascensor, es decir, por mayoría, y ello con el fin de no obstaculizar la política legislativa de la LPH tendente a la eliminación de barreras arquitectónicas que dificultan el desenvolvimiento de personas con discapacidad.

Por tanto, es posible una distribución de gastos de instalación de un ascensor que no coincida con la cuota de participación en elementos comunes, pues el propio artículo 9 LPH permite que se contribuya con arreglo «a lo especialmente establecido», acuerdo que al estar «asociado» al de instalación se aprueba por mayoría, siempre que tal acuerdo no lesione gravemente a ningún propietario.

No existe tal lesión o perjuicio grave a los propietarios de pisos en la planta baja siempre que las obras provoquen la eliminación de barreras arquitectónicas que facilitan el acceso a tales bajos, con su consiguiente revalorización. (STS de 12 de abril de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Cuatro propietarios de viviendas situadas en la planta baja de un bloque de pisos interponen demanda de juicio ordinario en materia de propiedad horizontal contra la comunidad de propietarios. En junta extraordinaria de propietarios se aprobó un acuerdo de instalación de ascensores, con exoneración de contribuir a este gasto a los locales comerciales y garajes. Como consecuencia, se acordó establecer una derrama extraordinaria a satisfacer exclusivamente por los propietarios de viviendas. Los demandantes solicitan se declare que ambos acuerdos son contrarios a la ley y a los estatutos. En particular, se solicita su nulidad y, subsidiariamente, su anulabilidad por ser estos lesivos a sus intereses.

La demanda es íntegramente estimada, por lo que dichos acuerdos son declarados nulos. La sentencia de Primera instancia se fundamenta en que los propietarios de los bajos en nada se benefician

de la instalación del nuevo ascensor y en que el incremento del valor del edificio no alcanza a sus viviendas.

La sentencia es recurrida en apelación por la comunidad de propietarios. El recurso es estimado, por ausencia tanto de grave perjuicio para los demandantes como de trato discriminatorio o desigual entre estos y los propietarios de garajes y locales. Ello se justifica en que, aun cuando sea de manera menos intensa que los pisos altos, la instalación de ascensor con rampas y rellanos intermedios afecta también a los pisos de la planta baja, eliminando barreras arquitectónicas que en algún modo revaloriza el piso.

Lorenzo, Lourdes, Macarena y Marta interponen recurso de casación. El recurso de casación es desestimado. (T. R. C.)

DERECHO DE FAMILIA

28. Divorcio. Medidas. Guarda y custodia de hijos comunes. Custodia compartida. Doctrina jurisprudencial: procedencia y finalidad; carácter ordinario.—La adopción de la medida definitiva de la custodia compartida se halla condicionada al interés y beneficio de los menores y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, se evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores y se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores (así, las SSTS 433/2016, de 27 de junio; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio y 654/2018, de 30 de noviembre, entre otras muchas). No se trata de una medida excepcional, sino por el contrario normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea (SSTS 526/2016, de 12 de septiembre; 442/2017, de 13 de julio; 630/2018, de 13 de noviembre o 311/2020, de 16 de junio, entre otras). De esta manera, con este régimen se pretende acercar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, así como participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (SSTS 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio y 559/2020, de 26 de octubre, entre otras).

Custodia compartida: requisitos o bases para su establecimiento.—Son criterios determinantes para enjuiciar su procedencia: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (SSTS 242/2016, 12 de abril; 116/2017, de 22 de febrero y 311/2020, de 16 de junio; entre otras muchas). No se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como

unas habilidades para el diálogo que se deben suponer existentes (SSTS 545/2016, de 16 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero, entre otras). Por otro lado, la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia tampoco justifica *per se* que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que dichas diferencias o enfrentamientos afectarían de modo relevante a sus hijos menores, causándoles un perjuicio (STS 433/2016, de 27 de junio).

Exclusión de la custodia compartida cuando la conducta del progenitor es claramente perjudicial para el interés y beneficio del menor.—Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (STS de 16 de octubre de 2014). En el caso, no nos encontramos ante un supuesto de meras desavenencias entre los progenitores con típicos desencuentros propios de su crisis matrimonial. Tampoco ante excesos verbales, en incidentes puntuales y aislados, que no afectan al interés superior de la menor de disfrutar de una custodia como la debatida en este proceso, sino ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. No puede considerarse que un régimen de custodia compartida sea conveniente para el interés y beneficio de la niña; pues existe una dinámica de imposición del demandado y desconsideración hacia la actora, que además proyecta sobre la hija común, que no genera un clima proclive a su establecimiento, que requiere una intensa colaboración entre los progenitores y un modelo de respeto recíproco que además sirva de ejemplo o pauta de actuación para la menor que, en este caso, no concurre por el comportamiento del padre. (STS de 29 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora presentó, en 2018, demanda de divorcio contra su marido, en cuya virtud solicitó, además de la disolución del vínculo matrimonial, diversas medidas en relación con la hija común del matrimonio que contaba entonces con siete años. Entre ellas, además de la pensión alimenticia, pidió que se le atribuyera la guarda y custodia de la hija, con un régimen de visitas para el padre. Este, por el contrario, además de oponerse a las medidas económicas, solicitó que se acordara la custodia compartida, a desarrollarse en el domicilio familiar, debiendo salir cada progenitor cuando la guarda le correspondiese al otro. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y denegó la solicitud de custodia compartida sobre la base del grave conflicto existente entre la pareja, con denuncias penales pendientes de resolución, por lo que no consideró procedente la medida a la vista de la situación de tensión en que vivía la familia, al menos mientras no se hubieran resuelto las cuestiones penales que se estaban tramitando. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Cáceres acogió el recurso de apelación del marido en lo tocante a la custodia compartida, y adoptó dicha medida al entender que se conciliaba mejor con el interés y beneficio de la menor. Con posterioridad el Juzgado de lo Penal dictó sentencia

condenado al marido por un delito de maltrato habitual, así como por un delito continuado de vejaciones injustas sobre la esposa castigando con ello la conducta de desprecio y humillación constante que el demandado mantenía con la actora. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

29. Unión no matrimonial con menores. Vivienda familiar adquirida *pro indiviso* cuyo uso fue atribuido a la madre después de la ruptura de la convivencia. Ejercicio de la acción de división. La atribución del uso de la vivienda no impide el ejercicio de la *actio communi dividundo* del artículo 400 CC.—Es jurisprudencia consolidada que la atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división, que el artículo 400 CC reconoce a todo copropietario con el objeto de poner fin a la comunidad.

El derecho de uso de la vivienda familiar no se extingue por el ejercicio de la acción de división y es oponible al que resulte ser adquirente de la casa.—La tutela de los intereses de los hijos menores y del progenitor a quien corresponde el uso de la vivienda se consigue reconociendo la subsistencia del derecho de uso pese a la división y su oponibilidad frente al adquirente de la vivienda (SSTS 1123/2008, de 3 de diciembre; 861/2009, de 18 enero de 2010; 78/2012, de 27 febrero y 5/2013, de 5 febrero, entre otras).

El derecho de uso se extingue por división de la vivienda común cuando la resolución judicial que lo otorgó supeditó su existencia hasta el ejercicio de la acción de división.—El mantenimiento o la extinción del derecho de uso no está en función del ejercicio de la acción de división, ya que, por sí misma, esta acción no da lugar a la extinción del uso atribuido. Pero el derecho de uso no puede subsistir cuando se ejerce la acción de división si en el proceso matrimonial o en el proceso de guarda y custodia de menores la atribución judicial del uso se ha hecho precisamente hasta ese momento.

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar y la custodia compartida. Doctrina jurisprudencial: carácter temporal del derecho de uso.—Hay que pensar que, en los supuestos de custodia compartida, la atribución del uso de la que fue vivienda familiar al progenitor que por razones objetivas tiene más dificultades de acceso a una vivienda se dirige a facilitar el tránsito a la situación de custodia compartida, y de ahí que se atribuya con carácter temporal, de acuerdo con las SSTS 295/2020, de 12 de junio y 95/2018, de 20 de febrero, entre otras).

Derecho de reembolso a favor del condómino que realizó mayores aportaciones económicas para pagar la vivienda. Para que no proceda el reembolso es necesario acreditar alguna causa que lo excluya.—El hecho de que la adquisición sea conjunta, que lo adquirido sea la vivienda de la familia y que los adquirentes convivan *more uxorio* no revela de manera inequívoca que sea irrelevante, en las relaciones entre las partes, quién aporta el dinero. La adquisición conjunta y por mitad es un indicio de la voluntad de aportaciones iguales, y para que no proceda el reembolso por las mayores aportaciones realizadas por uno de los convivientes es preciso acreditar que concurre alguna causa que lo excluya, como el ánimo liberal del aportante, o el pacto de reparto de gastos familiares que compense lo aportado para la adquisición.

No procede hablar de la existencia de un pacto implícito sobre la aplicación indistinta de recursos del que cabría deducir la inexigibilidad de reem-

bolsos cuando los convivientes tenían ingresos propios y mantenían cuentas separadas.— Puesto que los convivientes percibían ingresos de sus respectivos trabajos y mantenían cuentas separadas resulta difícil concluir que las partes descartaran toda exigibilidad de créditos por mayores aportaciones realizadas por uno de ellos para el pago.

Acción de reembolso. Carga de la prueba.—Es el actor quien debe probar que ha realizado aportaciones superiores a las de la demandada (art. 217 LEC). (STS de 24 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Tras la ruptura de una unión no matrimonial con hijos menores de edad y tras un previo proceso de guarda y custodia, se inicia un nuevo litigio en el que se plantean dos cuestiones nuevas por el padre. De una parte, el ejercicio de la acción de división de la vivienda que pertenece en proindiviso a los dos miembros de la pareja y cuyo uso fue atribuido a la madre. De otra, la reclamación de cantidad por las mayores aportaciones económicas que dice haber realizado para pagar la vivienda.

El juzgado desestimó la pretensión de división de la cosa común y la petición relativa a la extinción del derecho de uso; en cambio, estimó parcialmente la acción de reclamación de cantidad relativa a las cuotas del préstamo hipotecario abonadas por el padre.

La audiencia desestima nuevamente el ejercicio de la acción de división al entender que dicho derecho está condicionado al consentimiento del otro conviviente o, en su caso, a la correspondiente autorización judicial; añadiendo, que el principio del favor *fili* impide que el uso de la vivienda familiar concedido a favor del progenitor ejerciente de la custodia compartida pueda extinguirse por el ejercicio de la acción de división de la cosa común antes de que los menores alcancen la mayoría de edad. Respecto a la reclamación de la devolución de las cantidades entregadas de más para el pago de las cuotas del préstamo para financiar la vivienda, establece que la compra por mitades para uso común y de los hijos comporta un acuerdo implícito sobre aplicación indistinta de los recursos de los miembros de la pareja, del que cabría deducir la inexigibilidad de reembolsos.

El Tribunal Supremo estima la casación en lo que se refiere a la acción de división. Respecto a la segunda cuestión, la desestima por falta de efecto útil, puesto que, si bien reconoce el derecho al reembolso por las mayores aportaciones realizadas para pagar la vivienda, en el caso de la sentencia, al no haber quedado acreditado la realización de aportaciones superiores a la del otro condueño desestima la pretensión de reintegro. (C. O. M.)

DERECHO MERCANTIL

30. Plazo de comunicación al socio cooperativista de la calificación de su baja de la sociedad cooperativa. Día inicial del cómputo de intereses del reembolso cooperativo.—La baja de un socio es uno de los aconteci-

mientos más relevantes de la vida cooperativa. Como el socio puede abandonar voluntariamente la cooperativa mediante la recuperación de sus aportaciones, con el cumplimiento de determinadas condiciones establecidas legal y estatutariamente, la baja tiene una indudable influencia en la estabilidad del capital de la sociedad.

Bajo esta consideración, la obligatoriedad de la comunicación de la calificación de la baja al socio interesado no es casual, ni un mero requisito formal sin contenido, porque precisamente de dicha comunicación depende el nacimiento de una serie de consecuencias jurídicas.

Si la calificación es contraria a los intereses del socio, se abre un período para su impugnación (art. 17.6 de la Ley de Cooperativas) que no puede quedar al albur de una notificación de la que se desconoce su efectividad y fecha.

Por el contrario, si se clasifica la baja como justificada, se abre un procedimiento para el reembolso cooperativo, como plasmación de la liquidación parcial del contrato de sociedad. Este procedimiento de liquidación también está sujeto a unos plazos y condiciones de ejercicio que igualmente dependen del conocimiento por parte del socio de la calificación de la baja como justificada.

Todas estas previsiones legales abonan la interpretación de que la comunicación al socio prevista en el artículo 17.2 de la Ley de Cooperativas es recepticia y que la sociedad debe asegurarse de que el socio recibe la comunicación en el plazo de tres meses que establece la norma. Por ello, el plazo de formalización del acuerdo de calificación de la baja se refiere tanto a la adopción del acuerdo como a la recepción de su notificación.

Respecto del inicio del cómputo de intereses del reembolso cooperativo, la baja voluntaria de un socio de una cooperativa se produce automáticamente en el momento y desde la fecha mismos en que el socio comunica a la cooperativa su voluntad en tal sentido (a salvo dos limitaciones).

El interés legal de la suma objeto de reembolso se devenga desde la fecha de la comunicación de la baja, salvo que el preaviso hubiera resultado determinante para la calificación de la baja y sus efectos, en cuyo caso la fecha de devengo sería la del fin del plazo de preaviso. (**STS de 27 de abril de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Nieves es socia de la cooperativa de viviendas ABC desde 2010. En 2012 solicita la baja como socia y la devolución de las cantidades aportadas, al no poder efectuar más desembolsos económicos. El consejo rector de la cooperativa calificó la baja como no justificada. Por tanto, Nieves interpone demanda de juicio ordinario contra dicha sociedad cooperativa, solicitando el reintegro del importe de su aportación.

La demanda es parcialmente estimada, al considerar que el acuerdo no argumentaba por qué se consideraba la baja como no justificada, además de haber sido comunicada la decisión fuera de plazo. Se condena a la sociedad cooperativa al reembolso de una parte de la aportación.

La sentencia es recurrida por la Sociedad Cooperativa. Nieves formula oposición al recurso e impugna la sentencia de primera instancia. El recurso es desestimado, mientras que la impugnación de la sentencia es estimada. Se afirma que la comunicación extemporánea a la cooperativista de la decisión sobre la califica-

ción de la baja hace que, transcurrido el plazo legal, dicha baja deba ser considerada justificada *ope legis*. A su vez, la impugnación de Nieves fue estimada, por lo que la Audiencia Provincial determinó que correspondía el reembolso de la totalidad de las cantidades aportadas.

La sociedad cooperativa interpone recurso de casación. El recurso de casación es desestimado. (*T. R. C.*)