

Sentencias

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

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTÍZ (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Cristina ARGELICH COMELLES (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos CASTELLS SOMOZA (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Jose María MARTÍN FABA (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Ricardo PAZOS CASTRO (Profesor colaborador asistente de Derecho civil. Universidad Pontificia Comillas), Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (Investigador postdoctoral. Universidad de Münster), Francisco SANTANA NAVARRO (Profesor contratado 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. Consecuencias jurídicas derivadas del ejercicio de los derechos contraviniendo el principio de la buena fe, aplicado al alcance de la retroactividad de la declaración de la filiación respecto a los derechos sucesorios intestados de los parientes colaterales.–La doctrina y la juris-

prudencia han elaborado una serie de supuestos típicos que encierran un desleal ejercicio de los derechos subjetivos, esto es, supuesto típicos que suponen una actuación al margen de los postulados de la buena fe. En efecto, un ejercicio desleal de los derechos subjetivos veda ir en contra de los actos propios; es incompatible con el retraso desleal en el ejercicio de los derechos; es contrario a abusar de la nulidad por motivos formales, cuando se cumple o se acepta conscientemente el negocio jurídico que adolece de un defecto de tal clase; exige la observancia de la regla *tu quoque*, según la cual no debe admitirse la invocación de las reglas jurídicas por el mismo sujeto que las desprecia, al tiempo que tampoco cabe imputar a otro una conducta en la que la propia parte ha incurrido; entre otras manifestaciones al respecto.

En definitiva, actuar conforme a los requerimientos derivados de la buena fe, dentro de los cuales se podría incluir abusar del derecho, exige no hacerlo en contra de la confianza suscitada en la otra parte; ser coherente con la propia conducta por imperativos éticos; y no ejercitar de forma desleal los derechos subjetivos. Las actuaciones sin sujetarse a dicho principio no generan una mera sanción moral por la conducta desencadenada, sino indiscutibles consecuencias jurídicas sobre el ejercicio de los derechos, como incluso la desestimación de las pretensiones ejercitadas.

En particular, en el caso examinado, el alcance de la retroactividad de la declaración de la filiación respecto de los derechos sucesorios intestados de parientes colaterales se ve limitada precisamente como consecuencia del ejercicio de la acción de petición de herencia de forma contraria a las exigencias de la buena fe.

Esto se debe a que los demandantes actuaron sin sujetarse a los mandatos de las leyes que proscriben promover una nueva demanda sin cuestionar, al mismo tiempo, la eficacia del previo pronunciamiento firme. Ese previo pronunciamiento firme desconocía su filiación no matrimonial. Precisamente, la filiación no matrimonial es de nuevo pretendida, con ocultación de la primera de las sentencias dictadas a este respecto, al aprovecharse para ello de la rebeldía de los demandados. De esta manera, lograron obtener una segunda sentencia favorable a sus pretensiones, para hacerla valer en un tercer proceso de reclamación de derechos hereditarios, en el cual -de nuevo- ocultaron la existencia del primer proceso y, posteriormente, descubierto éste por el demandado, se opusieron a que se incorporara a los autos la sentencia desestimatoria que le puso fin. Ello supone la desestimación de su pretensión como consecuencia de su actuación de mala fe, aun habiendo resultada probada su filiación biológica por pruebas científicas.

En particular, los demandantes habían reclamado la filiación no matrimonial con respecto a Eleuterio, que falleció en 1974, en el juicio ordinario de menor cuantía en 1985 antes mencionado. Dicho procedimiento concluyó por sentencia de 16 de junio de 1986, que desestimó la demanda, resolución que alcanzó firmeza.

Los actores, que consintieron dicho pronunciamiento, tras un dilatado periodo de tiempo de casi 25 años desde la sentencia desestimatoria y 36 años desde el fallecimiento del causante Eleuterio, formulan una nueva demanda en ejercicio de la misma pretensión que, en esta ocasión, da lugar a un juicio especial de filiación en 2010, en el que fue parte demandada el único hijo y heredero sobreviviente de Eleuterio, Serafín. En este procedimiento, los actores ocultaron intencionadamente la existencia de la sentencia previa de filiación, que desconocía Serafín -el anterior proceso se siguió en rebeldía-, pues, en otro caso, además, de tener constancia de la misma, sin

duda alguna la hubiera alegado para oponerse a la pretensión de los demandantes.

Tampoco, en ese segundo proceso, se ejercitó la acción con fundamento en la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en tanto en cuanto dispone que: «[...] las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos en la legislación nueva». Es decir, que lejos de ejercitar su acción al amparo de dicha nueva normativa, para discutir si la segunda demanda tendría cabida en tal disposición, pretendieron evitar tal debate jurídico, con afectación del derecho de contradicción del demandado. Al haber procedido de tal forma, queda descartado el aspecto subjetivo de la buena fe, como expresión de la creencia del correcto ejercicio de un derecho por parte de los actores; así como también la buena fe objetiva, que impone una actuación respetuosa con las reglas de rectitud, honradez y lealtad debidas.

De la manera expuesta, incurrieron en un comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe. Al promover un nuevo proceso, en el que ocultan intencionadamente la primera sentencia, evitan el debate sobre la existencia de cosa juzgada, o el juego, en su caso, de la disposición transitoria sexta de la Ley 13/1981. Así obtienen un pronunciamiento favorable de reconocimiento de su filiación, tras la práctica de una prueba biológica, que científicamente la acreditaba, todo ello en función de una ulterior reclamación de unos derechos hereditarios para la cual requerían un título habilitante.

Por otra parte, no era el reconocimiento de su filiación la verdadera pretensión ejercitada, sino que se pretende la declaración de sus derechos sobre la herencia de su padre y de su hermana de un solo vínculo.

La tardanza en el ejercicio de la segunda acción de filiación motivó, además, que Juliana, nacida en 1928 y fallecida en 2005, a los 76 años de edad, desconociera, al menos, la posible existencia de hermanos de un solo vínculo, con respecto a los cuales no le unía relación de tipo alguno, ni tan siquiera de conocimiento, con lo que es más que probable que, en tal caso, no muriera abintestato, con la certeza de que sus bienes irían a parar a su hermano Serafín. **(STS de 17 de julio de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Cuatro hermanos, Melisa, Luis, Cornelio y Bartolomé, formulan en 2010 demanda de reclamación de filiación no matrimonial con respecto a Eleuterio, que había fallecido en 1974, sin haber otorgado testamento. El demandado, Serafín, único hijo matrimonial vivo de Eleuterio, se opuso a la demanda.

La demanda fue estimada el 21 de diciembre de 2012. Se declaró a los demandantes hijos no matrimoniales de Eleuterio. Esta resolución devino firme al dictarse auto de la Sala Civil del Tribunal Supremo el 18 de noviembre de 2014 de inadmisión del recurso de casación interpuesto.

En 2011, Serafín promueve declaración de herederos *ab intestato* respecto de su hermana Juliana, hija matrimonial de Eleuterio, fallecida en 2005, sin descendencia y sin haber otorgado testamento. Serafín fue declarado por auto de 4 de marzo de 2011 heredero único y universal de su hermana Juliana. Serafín acepta la herencia de su hermana, mediante escritura pública de 8 de julio de 2011.

En julio de 2015, Melisa, Luis, Cornelio y Bartolomé interponen demanda de procedimiento ordinario contra Serafín. Este es el

procedimiento que ahora nos ocupa. Solicitan la declaración de nulidad del citado auto de 4 de marzo de 2011, por el que se declaraba a Serafín como heredero único y universal de su hermana Juliana y, correlativamente, se les declare herederos de su padre biológico, Eleuterio, y de su hermana de único vínculo, Juliana, con la nulidad de la escritura de aceptación de herencia otorgada por el demandado relativa a los bienes de Juliana.

El 15 de junio de 2017 se dicta sentencia, en la que, con estimación parcial de la demanda, se decreta, con relación a la sucesión de Eleuterio, que se ha acreditado que su herencia fue aceptada y adjudicada en cuaderno particional de fecha 24 de mayo de 1975, por lo que ha transcurrido el plazo preciso para operar una prescripción adquisitiva a favor del demandado, Serafín. Este pronunciamiento devino firme.

No obstante, se acuerda la nulidad del auto de declaración de herederos de 4 de marzo de 2011 y de la escritura de aceptación de la herencia de Juliana de 8 de julio de 2011. También se declara a los cuatro demandantes herederos de Juliana, en su condición de hermanos de un solo vínculo.

Ambas partes recurren en apelación. El recurso de Melisa, Luis, Cornelio y Bartolomé es estimado, y desestimado el de Serafín. El único pronunciamiento aceptado en esta segunda instancia hace referencia a la no procedencia de la realización de inventario y adjudicación de la herencia de Eleuterio y Juliana.

Los actores, los hermanos Melisa, Luis, Cornelio y Bartolomé, ocultaron, intencionadamente, que habían promovido un previo proceso de reclamación de filiación no matrimonial con respecto a Eleuterio en 1985, seguido en rebeldía de Paula y de los hermanos Clemente, Serafín y Juliana, esposa e hijos matrimoniales de Eleuterio. Este proceso finalizó por sentencia desestimatoria de 16 de junio de 1986, que adquirió firmeza.

El demandado Serafín tuvo conocimiento de este hecho con posterioridad a la sentencia de apelación, y aportó la precitada resolución desestimatoria de la filiación ante la Audiencia, tan pronto tuvo constancia de su existencia. La Audiencia Provincial, por auto de 28 de junio de 2018, acordó la devolución de dicho documento, al hallarse su aportación fuera de plazo, sin perjuicio de las pretensiones que pudiera ejercitar Serafín con fundamento en el mismo.

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, el demandado (actualmente, por sucesión procesal, su hija, Beatriz, como consecuencia de la muerte de Serafín) interpone recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. El recurso de casación, resuelto por una sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, es estimado, con fundamento en el ejercicio de la acción de petición de herencia de forma contraria a las exigencias de la buena fe. (T. R. C.)

2. Plazo de que disponen los clientes para exigir a las entidades financieras la documentación contractual.—Se plantea como cuestión jurídica si el plazo de que disponen los clientes para exigir a las entidades financieras la documentación contractual es el de prescripción de las acciones per-

sonales (art. 1964 CC), o si debe estarse al plazo que exige a las entidades conservar la documentación durante seis años (art. 31.1 CCom; RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registro obligatorios; RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión; norma 2 punto 8.º Circular 3/1993, de 29 de diciembre, sobre Registro de Operaciones y Archivo de Justificantes de órdenes de la Comisión). Según el Tribunal Supremo, no se puede entregar la documentación contractual si esta no se ha conservado, por lo que realmente lo que pretende el cliente recurrente es que se amplíe la obligación de conservar la referida documentación. No es posible declarar la existencia de «obligación legal» que no está prevista en la ley y que tampoco resulta de la interpretación de la función de la prescripción, que se refiere al ejercicio de los derechos relativos al cumplimiento de una pretensión. No tendría ningún sentido entender que, agotada la obligación de conservar una documentación, mediante el juego de la prescripción pudiera exigirse su cumplimiento. De seguir el argumento del recurrente, se daría la paradoja de que tras la reforma del artículo 1964 CC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ese plazo de seis años que establece la normativa que se refiere específicamente a la obligación de conservar la documentación se habría acortado a cinco años en virtud de la modificación de un precepto que nada tiene que ver con la conservación de documentación, sino con la prescripción de las pretensiones. **(STS de 19 de julio de 2021; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 29 de septiembre de 2015, Carmen interpuso una demanda por la que, además de la nulidad de un contrato de gestión de cartera de inversión celebrado con el banco demandado el 25 de febrero de 2010 (y la condena a pagar las pérdidas generadas con sus intereses), solicitó, literalmente, el dictado de sentencia que: «declare la obligación legal que tiene la demandada de entregar a mi mandante la documentación que justifique los apuntes reseñados en el documento núm. 10 de la demanda, consistentes en contratos de letras y bonos del tesoro, imposiciones a plazo, compras de acciones y fondos de inversión desde 1992 a 2004, condenándola a entregar dicha documentación a mi mandante».

La sentencia de la Audiencia declaró la nulidad del contrato celebrado y condenó al banco a pagar las cantidades solicitadas, pero desestimó la pretensión relativa a la entrega de la documentación. La Audiencia, confirmando en este punto el criterio del juzgado, tuvo en cuenta que, de acuerdo con la normativa que impone a las entidades de crédito la obligación de conservar documentación, este plazo es de seis años.

La demandante interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, fundado en un único motivo, en el que denuncia la infracción del artículo 1964 CC y solicita que se declare que la obligación de las entidades de crédito de entregar la documentación contractual está sometida al plazo de prescripción del artículo 1964 CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. *(J. M.ª M. F.)*

3. Cómputo del plazo de prescripción de las acciones nacidas de un contrato de préstamo que no establece un plazo concreto para su devolución.—La cuestión jurídica planteada se refiere a la determinación del momento de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago de las cantidades adeudadas por razón de un préstamo personal en el que no se fijaba un plazo concreto para su devolución, sino que, respecto de esta obligación, se pactaba: «a devolver cuando los prestamistas lo requieran, y los prestatarios así también lo deseen». Según el Tribunal Supremo, el préstamo mutuo comporta, como contenido natural, la existencia de un plazo, mayor o menor, para el cumplimiento de la obligación de devolución de lo prestado. Bajo esa premisa, cuando el plazo no está específicamente expresado en el texto del contrato, debe entenderse fijado en el momento en que el acreedor reclama la devolución del capital, salvo que de la interpretación del contrato se derivase haber querido conceder al deudor uno mayor. Por ello, no puede entenderse que la obligación de devolución del capital prestado resulta exigible desde el mismo momento de la perfección del contrato. Esa obligación sólo era exigible desde su vencimiento, vencimiento que se hace coincidir con la reclamación del acreedor. No siendo pues exigible la devolución del préstamo hasta el mismo momento de su reclamación (que en el caso tuvo lugar inicialmente mediante burofax de 18 de septiembre de 2017), el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para exigir su pago no puede anticiparse a una fecha previa al mismo momento de aquella intimación extrajudicial y, por tanto, cuando la demanda se interpuso no había transcurrido el plazo de prescripción para su ejercicio, conforme al artículo 1964 CC. Tratándose de derechos de crédito, la violación del derecho subjetivo que se pretende reparar con el ejercicio de la acción judicial consiste en la inejecución por el deudor de la prestación debida, y no hay tal si ésta no es «debida» por no estar vencida y ser líquida y exigible. Faltando la exigibilidad, no llega a nacer la acción, ni comienza a correr el plazo para su prescripción, pues falta ese presupuesto legal para su ejercicio (art. 1969 CC). **(STS de 20 de julio de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 22 de diciembre de 2000, Carolina y su padre, Braulio, concedieron un préstamo por importe de 12.000.000 pts. a favor de Jose Daniel y Concepción. El 26 de octubre de 2017, tras el fallecimiento de Braulio, su hija Carolina interpuso una demanda contra los prestatarios en reclamación de 128.325,25 euros, cantidad a que ascendería la deuda derivada de dicho préstamo por capital e intereses. Los demandados, si bien reconocieron la existencia del préstamo, se opusieron a la demanda, fundamentalmente con base en la prescripción de la acción, al tratarse de un contrato de préstamo de 22 de diciembre de 2000 y haberse interpuesto la demanda el 26 de octubre de 2017.

El juzgado de primera instancia apreció la excepción de prescripción de la acción y, en consecuencia, desestimó la demanda. Argumentó que, al no constar en el contrato el momento de la exigibilidad de la deuda, debe partirse de la fecha de celebración del contrato para iniciar el cómputo del plazo de prescripción de quince años, conforme a la redacción del artículo 1964 CC vigente a la fecha del contrato. Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por la demandante, la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia del juzgado.

La demandante interpone un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo estima el recurso (*J. M.ª M. F.*)

4. Responsabilidad civil derivada del delito: Plazo para su ejercicio.—El plazo del año de ejercicio de las acciones de responsabilidad extracontractual (art. 1968.2 CC), una vez concluido el previo proceso penal, empezará a contarse a partir del día en que pudieron ejercitarse, a tenor del artículo 1969 CC; precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 LECrim., lleva a fijar ese momento cuando la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo del proceso penal, notificados correctamente, han adquirido firmeza, ya que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación preferente del procedimiento criminal, con lo que nace la correlativa posibilidad de reclamar en vía civil (SSTS 398/2017, de 27 de junio, del Pleno; 339/2020, de 23 de junio, y 92/2021, de 22 de febrero, entre otras).

Regla especial sobre el cómputo del plazo de prescripción del artículo 1968.2 CC: Alta médica.—El día inicial del cómputo del plazo del año del artículo 1968.2 CC, lo adquiere el perjudicado al producirse el alta médica, que es cuando realmente toma constancia de la entidad y consecuencias de las lesiones sufridas, en la medida en que la medicina ha agotado las posibilidades de restituir la integridad física del lesionado a la situación existente con antelación al evento dañoso sufrido. Es el momento en que se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos que han de incluirse en la indemnización (SSTS 429/2007, de 17 de abril, del Pleno; 326/2009, de 7 de mayo; 326/2019, de 6 de junio, y 92/2021, de 22 de febrero, entre otras muchas).

Alcance del carácter restrictivo en la interpretación de la acción de prescripción derivada de la responsabilidad extracontractual.—Es cierto que la prescripción ha de ser interpretada restrictivamente por tener su fundamento en razones de seguridad jurídica y no de justicia material, pero también la jurisprudencia señala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta es que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, dicho instituto jurídico (SSTS 150/2010, de 16 de marzo; 134/2012, de 29 de febrero y 326/2019, de 6 de junio). El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS 150/2010, de 16 de marzo; 134/2012, de 29 de febrero y 326/2019, de 6 de junio). (**STS de 8 de junio de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El día 2 de marzo de 2011, el actor fue atropellado por el vehículo conducido por el demandado, asegurado en el Grupo Liberty, S. A. A consecuencia de tal hecho interpuso demanda, con la finalidad de ser resarcido del daño corporal sufrido, en la que solicitaba la condena solidaria de los demandados a abonarle la cantidad de 12.140 euros.

Los demandados se opusieron por prescripción de la acción y, subsidiariamente, por culpa exclusiva de la víctima, al cruzar ésta la calzada, sin mirar y apresuradamente, imposibilitando evitar al conductor demandado el impacto producido.

La víctima formuló una denuncia penal que fue sobreseída provisionalmente antes de que se emitiera informe forense de alta de las lesiones. El 2 de octubre de 2013, se dicta diligencia en la que se señala que el informe del médico forense, de 7 de septiembre de 2012, se una a lo acordado en el auto de sobreseimiento de 27 de diciembre de 2011. Dicha resolución se notificó al demandante el 3 de octubre de 2013.

En el informe forense constaba que el actor, a consecuencia del accidente, sufrió lesiones para cuya curación requirió 145 días improductivos, de los cuales tres de ellos fueron con estancia hospitalaria, restándole como secuelas un perjuicio estético ligero: 2 puntos; y material de osteosíntesis: 2 puntos.

Mediante telegrama de 1 de octubre de 2014, el demandante formuló reclamación de resarcimiento de los daños sufridos, y la demanda se presentó el 29 de septiembre de 2015.

Quedó demostrado que el actor recibió tratamiento médico de sus lesiones hasta alcanzar la curación por parte de la sanidad pública. Las secuelas padecidas fueron de escasa entidad y no tributarias del reconocimiento de una incapacidad permanente total o absoluta por la administración, por tanto, era conocedor del alcance real de las lesiones padecidas y su evolución, lo que posibilitaba el ejercicio de las oportunas acciones judiciales con pleno conocimiento de la entidad del daño corporal sufrido, para lo cual no precisaba el informe médico forense, propio de un proceso penal, cuyo archivo había sido acordado posteriormente a la obtención de la sanidad.

El juzgado y la audiencia apreciaron la prescripción alegada. El actor interpuso recurso de casación al entender que fue el 3 de octubre de 2013 cuando conoció, a través de las diligencias penales, el alcance o entidad de sus lesiones y secuelas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La jurisprudencia exige, para el nacimiento de esta acción de responsabilidad extracontractual, que el titular conozca o haya conocido, de acuerdo con un nivel de diligencia razonable, los hechos que dan lugar a la pretensión y los elementos que permiten ejercitar las acciones de forma efectivamente reparadora o satisfactoria de los intereses lesionados. De modo que la buena fe y la ausencia de negligencia deben tenerse muy en cuenta a la hora de considerar iniciado un plazo de prescripción sobre la base del conocimiento por parte del actor, ya la posibilidad del ejercicio de la acción debe considerarse *conforme a unos criterios de ética social en las relaciones jurídicas y unos parámetros de diligencia básica y de razonable confianza en la apariencia creada* (STS de 11 de diciembre de 2012). Véase, Llamas Pombo, E., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Daños VII*, Madrid, 2021, pp. 238-239. (I. D.—L. S.)

5. Contratos bancarios. Error en el consentimiento. Depósito estructurado. *Dies a quo*.—La Sala Primera del Tribunal Supremo estima que el *dies a quo* del plazo de caducidad es la fecha de consumación del último de los contratos encadenados o conexos. (STS de 12 de julio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Un inversor minorista interpuso una demanda contra Banco Popular, S. A., en ejercicio de acción de nulidad por error en el consentimiento del contrato de compraventa de opciones sobre acciones (CCVO) de Banco Popular Español de fecha 26 de marzo de 2007, así como de la póliza de cuenta de crédito suscrita el 7 de agosto de 2009 y todas sus posteriores renovaciones (de fechas 10 de mayo de 2010, 15 de noviembre de 2011 y 16 de noviembre de 2012), la póliza de préstamo y póliza de pignoración de valores en garantía de operaciones de fecha 14 de febrero de 2014, y de la hipoteca de máximos del 14 de febrero de 2014. Sin embargo, la Audiencia Provincial declaró caducada la acción al fijar el *dies a quo* en la fecha de vencimiento de contrato de compraventa de opciones sobre acciones (el 11 de abril de 2010).

Por su parte, el Tribunal Supremo declaró que el *dies a quo* era el 14 de febrero de 2014, fecha de contratación de la hipoteca de máximos, de suerte que la acción interpuesta en 2016 no estaba caducada. Esto es así porque, según el Alto Tribunal, todos los contratos obedecían a una misma causa, siendo el primero antecedente de los demás, que fueron concertados para intentar subsanar la pérdida de valor. Así pues, se reitera la doctrina según la cual en el caso de contratos vinculados unos a otros, encadenados, de suerte que hay una cadena de reestructuración, el inicio del plazo de ejercicio de la acción se computa cuando se consuma el último de ellos, por considerar que forman parte de un negocio jurídico único. De esta forma, pretende evitar el Tribunal, que el *dies a quo* quede fijado antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error o dolo. (A. A. O.)

6. Transporte aéreo internacional. Responsabilidad en caso de accidente. Caducidad.—Según el artículo 35 del Convenio de Montreal, el derecho a indemnización se extingue si la acción no es entablada en un plazo de dos años, contados a partir de la fecha de llegada a destino, del día en que la aeronave debería haber llegado, o de la fecha en la que el transporte se ha interrumpido; pero la forma de calcular el plazo se rige por la ley del tribunal que conoce del caso. La pendencia de un proceso penal respecto de los hechos litigiosos impide el ejercicio de la acción civil derivada de esos mismos hechos, y solo cuando el perjudicado conoce que el proceso penal ha sido archivado puede ejercitar la acción civil. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva se ve vulnerado cuando, no habiéndose notificado el archivo de las actuaciones penales al perjudicado, el tribunal civil considera prescrita o caducada la acción de exigencia de responsabilidad civil, basando en hechos no concluyentes la suposición de que el perjudicado conoció el archivo de las actuaciones penales.

Transporte aéreo internacional. Responsabilidad en caso de accidente. Intereses del artículo 20 LCS.—El régimen normativo interna-

cional en materia de responsabilidad en el transporte aéreo se aplica a las acciones ejercitadas por el pasajero frente al transportista, no a las peculiaridades propias de las obligaciones de las compañías aseguradoras frente al perjudicado como consecuencia de la eventual acción directa ejercitada por este último, que se rigen por la normativa nacional aplicable. El recargo que establece el artículo 20 LCS lo es exclusivamente para el asegurador en el caso de la acción directa del perjudicado, no para el transportista aéreo. El hecho de que el artículo 29 del Convenio de Montreal excluya las indemnizaciones punitivas del régimen de indemnización de daños causados en el transporte aéreo no implica que excluya la posibilidad de establecer recargos en el caso de una demora en el pago de las indemnizaciones. (STS de 22 de julio de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 20 de agosto de 2008 se produjo un accidente de aviación en el aeropuerto de Barajas, cuando la aeronave estaba iniciando la maniobra de despegue. Entre los fallecidos en el accidente se encontraban la madre y el hermano de la demandante, que entonces era menor de edad. El procedimiento penal que se abrió a raíz del siniestro fue archivado el 19 de septiembre de 2012, cosa que no fue notificada personalmente a la demandante; mientras que la demanda contra la aseguradora de la responsabilidad civil de la aeronave siniestrada, reclamando diversas indemnizaciones y los intereses del artículo 20 LCS, fue interpuesta el 1 de agosto de 2016.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil estimó la excepción de caducidad de la acción opuesta por la aseguradora, con base en el artículo 35 del Convenio de Montreal, desestimando así la demanda, aunque sin expresa imposición de costas. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso presentado por la demandante, desestimando la excepción de caducidad de la acción, y condenando a la aseguradora al pago de una indemnización, más los intereses del artículo 20 LCS desde la fecha del siniestro. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial. (R. P. C.)

7. Interrupción de la prescripción en compraventa civil.—Tratándose de una compraventa civil, resulta aplicable a efectos de interrupción de la prescripción el artículo 1973 CC; y no el artículo 944 Cco. De este modo, la interposición de demandas ostenta eficacia interruptora del plazo de prescripción, aun cuando se desistiera de una y caducase la otra, pues lo esencial es que la reclamación se efectue ante la autoridad judicial, es decir, que no se abandone el derecho por parte del demandante.

Retraso en la reclamación y actos propios.—Cuando una reclamación se retrasa en parte como consecuencia del comportamiento obstruccionista de la deudora, no puede entenderse malicia de parte de la reclamante. Por tanto, no cabe aplicar la doctrina de los actos propios, al no generarse en la deudora confianza en el abandono de la acción por la reclamante.

Responsabilidad solidaria en supuestos de fraude y levantamiento del velo societario.—La Sala Primera reitera su doctrina según la cual entiende existente la solidaridad cuando entre los causantes del daño se comprueba la realidad de una comunidad jurídica de objetivos. En concreto, considera

aplicable la solidaridad a un caso en que se constituye una sociedad para el solo objeto de celebrar una compraventa y despatrimonializarla después, repartiéndose el pago. (STS de 5 de julio de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La sociedad A demandó a la sociedad B, reclamando el importe abonado con motivo de una compraventa celebrada en 1989 para la adquisición de dos edificios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y, además, aplicó la doctrina del levantamiento del velo, declarando la responsabilidad solidaria del resto de codemandados, socios de la sociedad B. También desestimó la excepción de prescripción planteada por B.

A recurrió en apelación la sentencia, interesando la condena al pago de intereses desde el pago, lo que era su pretensión principal. Por considerar, sin embargo, que la venta era mercantil, B interpuso también recurso de apelación, sobre la base de que la prescripción no estaba interrumpida, en aplicación del artículo 944 CCO. B también defendió la responsabilidad mancomunada de los codemandados.

La Audiencia Provincial resolvió ambos recursos y los estimó parcialmente, condenando a B a pagar intereses legales sobre la cantidad abonada desde el día del pago y declarando la responsabilidad mancomunada de los codemandados en proporción al importe que cada uno de ellos recibió.

Frente a dicha sentencia, ambas partes interpusieron recurso de casación. (A. I. R. A.)

DERECHO DE LA PERSONA

8. Determinación de la edad de los menores no acompañados. Doctrina jurisprudencial.—El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad (entre otras muchas, SSTS 453/2014, de Pleno, de 23 de septiembre; 11/2015, de 16 de enero; 318/2015, de 22 de mayo; 368/2015, de 18 de junio; 411/2015, de 3 de julio; 507/2015, de 22 de septiembre; y 720/2016, de 1 de diciembre). Más aún, incluso cuando los procesos tienen por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, el tribunal no puede prescindir sin más del valor acreditativo de la edad del menor que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes. Así, ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo como indocumentado ni es razonable que prevalezcan

unas dudas que son despejadas por dicha documentación (SSTS 307/2020, de 16 de junio y 357/2021, de 24 de mayo).

Competencia de los tribunales civiles para conocer de las cuestiones relativas al estado civil e identidad de las personas.—La admisibilidad de la impugnación del decreto es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y de la protección del menor puesto que, al declarar su mayoría de edad, el decreto de la Fiscalía excluye al demandante del sistema de protección reforzada constitucionalmente garantizado a los menores y le niega el reconocimiento de los derechos del niño conforme a la Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990. Por ello, no considerar fiables el pasaporte y la carta de identidad expedidos por el Consulado de Marruecos en España, de los que ni se acredita ni se afirma que sean falsos, irregulares o estén manipulados, y que no han sido impugnados, comporta una vulneración del derecho de igualdad y no discriminación ante la ley basada en el origen nacional del menor. En contra de lo que sostiene la Audiencia, la jurisdicción civil es competente para conocer de la pretensión ejercitada en atención al contenido de los derechos invocados que están vinculados a la determinación de la edad y permiten fijar el estado civil y la identidad del menor. Se trata de cuestiones propias de esta jurisdicción a la que, en última instancia, por otra parte, le corresponde conocer, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (art. 9.2 LOPJ). (**STS de 18 de junio de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El actor llegó a España en enero de 2016 y declaró ante la policía española que había nacido en Tánger (Marruecos) en 2001, por lo que se puso en marcha el Protocolo de actuaciones de menores no acompañados. La Fiscalía de Menores dictó decreto en el que se recogía como fecha de nacimiento la de 1999, por ser esa la fecha estimada en la prueba radiológica que se practicó. En septiembre de 2017 el interesado presentó ante la Fiscalía pasaporte y carta de identidad nacional expedidos por el Consulado de Marruecos en España en los que constaba como fecha de nacimiento la de 2001. No obstante, la Fiscalía declaró que no se modificaba el decreto anterior. Como consecuencia, el actor interpuso en abril de 2018 demanda de tutela de los derechos fundamentales con el fin de que se declarase la menor edad del demandante con apoyo en su pasaporte y carta de identidad, al considerar que el decreto de la Fiscalía objeto de impugnación había dejado al menor fuera del sistema de protección, en situación de desamparo y vulnerabilidad. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y declaró la menor edad del demandante. La Audiencia Provincial dio lugar al recurso de apelación y anuló la sentencia de instancia, al estimar que el juzgado carecía de competencia porque, de haber sido impugnada una resolución administrativa de protección de menores la competencia correspondería a los juzgados de familia y si la impugnación fuera por la condición de extranjero la competencia correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

9. Libertad de expresión en el ejercicio de la abogacía.—La garantía constitucional de la libertad de expresión del artículo 20.1 a) CE, se encuentra especialmente reforzada, cuando se ejercita en el ámbito del derecho de defensa de los ciudadanos reconocido por el artículo 24.2 CE, como así declaró el Tribunal Constitucional dada *su inmediata conexión* con tal derecho de naturaleza procesal (STC 102/2001). Cuando la libertad de expresión es ejercida por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, o bien cuando se ejerce la autodefensa, estamos ante *una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar* (STC 41/2011). De igual forma se ha pronunciado la jurisprudencia civil (SSTS 447/2015, de 3 de septiembre; 542/2015, de 30 de septiembre; 243/2018, de 24 de abril; y 455/2020, de 23 de julio, entre otras).

Las afirmaciones o juicios de valor en un proceso deben implicar una necesaria conexión con la necesidad de argumentación que precisa el ejercicio del derecho de contradicción.—La especial protección de la que gozan las afirmaciones o los juicios de valor en el seno de un proceso, requiere que respondan a la finalidad instrumental de impetrar de los órganos judiciales la debida tutela en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (SSTC 157/1996, de 15 de octubre; 299/2006, de 23 de octubre; y 145/2007, de 18 de julio). En este sentido, la jurisprudencia civil ha entendido que la libertad de expresión, en el ejercicio del derecho de defensa, ha de ser amparada cuando *se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, y no ha de serlo cuando se utilizan —y menos aún con reiteración— expresiones ofensivas desconectadas de la defensa de su cliente* (SSTS 381/2020, de 30 de junio; y 681/2020, de 15 de diciembre).

Habrá intromisión ilegítima en el honor mediante el ejercicio de la abogacía cuando las ofensas vertidas sean gratuitas.—Mientras que las afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses no habrá intromisión ilegítima en el honor (STS 381/2020, de 30 de junio).

Quedan fuera del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión, las frases y manifestaciones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan.—Dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 6/2000, de 17 de enero; 49/2001, de 26 de febrero; 89/2018, de 6 de septiembre; y 18/2020, de 10 de febrero, entre otras muchas). En cualquier caso, el legítimo ejercicio del derecho de defensa, constitucionalmente protegido, no ampara el derecho al insulto o que resulten legitimadas imputaciones de matiz claramente ofensivo, que sean innecesarias, gratuitas o desproporcionadas, en las que predomine claramente una intención de menoscabar la fama ajena, y no propiamente de ejercitar la defensa de los derechos e intereses propios o representados (Cfr. SSTC 157/1996, de 15 de octubre; 113/2000, de 5 de mayo; y 197/2004, de 15 de noviembre).

Derecho al honor: Contenido constitucional.—Este derecho *ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas* (STC 180/1999, de 11 de octubre).

Valoración de las imputaciones atentatorias contra el honor. Falta de prueba y falsedad de las mismas.—La jurisprudencia tiene entendido que *la valoración de las imputaciones realizadas como atentatorias contra el honor no puede ligarse al hecho de que finalmente se declarasen no probadas, pues no cabe confundir este extremo con la falsedad de las mismas* (SSTS 442/2012, de 28 de junio; 62/2013, de 5 de febrero; y 146/2021, de 15 de marzo).

El interés superior del menor en las relaciones del nieto con sus abuelos.—La jurisprudencia ha reconocido con reiteración que el artículo 160.2 CC sí permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concorra justa causa, que no es definida y, en consecuencia, debe examinarse en cada caso, sirviendo de guía para tal valoración *el interés superior del menor* (SSTS 581/2019, de 5 de noviembre; y 638/2019, de 25 de noviembre). (ST de 14 de junio de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora demandó a sus hijas y yernos al entender la existencia de una intromisión ilegítima en su honor, por lo que solicitó que se condenase a los demandados a retractarse en escritura pública de las manifestaciones indignas efectuadas, así como que se produjese el correspondiente perdón, con pago de los gastos ocasionados por ello, y que, también, se les condenase a indemnizarla por daños morales en la cantidad de 7.778 euros.

La controversia planteada se centraba en el contenido de los escritos de contestación a la demanda, presentados por la representación legal de los codemandados, en un procedimiento civil que versaba sobre la fijación de un régimen de visitas a favor de la demandante con respecto a sus nietos, hijos de los codemandados, en los que se incluían expresiones tales como que la actora *tiene serios problemas con el alcohol, carácter y personalidad conflictiva, padece de episodios conflictivos cuando está bajo la influencia del alcohol o en estado psíquicamente inestable, personalidad conflictiva, vida inestable, insultos («hija de puta» y «cabrona»), enfrentamientos con los vecinos, varias parejas sentimentales, consumo de alcohol y drogas, vida libertina*, que consideraba constitutivos de una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la actora al entender que la determinación de la procedencia y forma de ejercicio del régimen de visitas postulado, exigía valorar su carácter beneficioso y no perjudicial para el desarrollo emocional de los menores, lo que requería valorar el comportamiento de la demandante y su idoneidad para comunicarse con sus nietos. (I. D.—L. S.)

10. Conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor.—En el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, los principales criterios que deben utilizarse son: 1) que el asunto sobre el que verse la información tenga interés o relevancia pública; 2) que la información sea veraz. En cuanto al primer criterio, es constante la jurisprudencia que reconoce interés general en las informaciones sobre hechos de relevancia penal, que se acrecienta cuando se trata de delitos de especial repercusión social, como son los de violencia contra la mujer.

En lo que se refiere al segundo criterio, el de la veracidad, es también reiterada la jurisprudencia que afirma que no es necesario una rigurosa y total exactitud en la información. La veracidad debe entenderse como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada, faltando esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones. Cuando la información sobre los hechos procede de las diligencias policiales, sin que haya constancia de que se haya alterado en nada el contenido de las mismas, tal origen de la información excusa al medio de comunicación de tener que practicar ninguna otra actuación de comprobación. Cuando la fuente que proporciona la noticia reúne las características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente.

Conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen.—El derecho a la propia imagen protege a su titular frente a la captación, reproducción y publicación de su imagen que afecte a su esfera personal, aunque no dé a conocer aspectos de su esfera íntima. Se trata de un derecho fundamental autónomo de los demás derechos de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico. Así, aunque una persona detenida bajo la acusación de un delito grave adquiera una relevancia pública sobrevenida, tal circunstancia no justifica cualquier difusión de su imagen pública. La función que la libertad de información desempeña en una sociedad democrática justifica que se informe sobre tal hecho y que en esa información se incluya información gráfica relacionada con tales hechos (ej.: imágenes de la detención del acusado, de su entrada en el juzgado o de su entrada en la prisión), pero no justifica que pueda utilizarse cualquier imagen del afectado y, en concreto, imágenes que carezcan de cualquier conexión con los hechos noticiables y cuya difusión no haya consentido expresamente.

Según el Tribunal Supremo, la libertad de información no justifica la publicación, sin consentimiento expreso del afectado, de una fotografía obtenida de su perfil en redes sociales. Y ello por los siguientes motivos: 1) una cuenta en una red social no tiene la consideración de «lugar abierto al público», a efectos de aplicar el artículo 8.2.a) LO 1/1982; 2) el hecho de que pueda accederse libremente a la fotografía del perfil de dicha cuenta no constituye el consentimiento expreso que prevé el artículo 2.2 LO 1/1982 como excluyente de la ilicitud; 3) no concurre tampoco en estos casos la excepción del artículo 8.2.c) LO 1/1982. (**STS de 13 de julio de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El diario LEMV publicó en 2015 una noticia sobre una persona que había atropellado a su expareja tras amenazarla de muerte. Dicha noticia incorporaba una gran fotografía de la presunta víctima con signos visibles de lesiones. En sucesivos días, la información fue ampliándose en dicho diario, llegándose, incluso, a acompañar de una imagen del demandante obtenida de su perfil de Facebook. El demandante fue puesto en libertad, tras haberse demostrado que la denuncia de su expareja era falsa. De ahí que interpusiera una demanda contra el periódico que había venido informando sobre el asunto.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando vulnerado su derecho a la imagen, por la publicación de la fotografía de su perfil de Facebook, y condenó a la sociedad editora del diario y a los periodistas firmantes del artículo a indemnizar solidariamente al demandante en 5.000 euros. La sentencia fue apelada tanto por el demandante como por los demandados, y la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos, confirmando los argumentos del Juez de Primera Instancia.

Tanto el demandante como los demandados interpusieron un recurso de casación. En cuanto al recurso del demandante, alega la infracción del artículo 18.1 CE, argumentando que resulta incontrovertido que su derecho al honor había sido vulnerado, sin que pudiera prevalecer la libertad de información porque no concurre el requisito de veracidad en la información, al haber resultado falsos los hechos que se le imputaron.

Entiende el Tribunal Supremo que no se produjo una lesión del derecho al honor y que no se infringió el requisito de la veracidad, por los siguientes motivos: 1) los periodistas demandados transmitieron la noticia tal como estaba siendo investigada por la policía, sin que se recogieran hechos que no figuraran en el atestado policial o que no fueran manifestados por la denunciante en el hospital o en la comisaría; 2) los artículos utilizaron el adjetivo «presunto» para el demandante y el adverbio «presuntamente» para las actuaciones que se les imputaban, de manera que el lector mínimamente avezado puede deducir que se basan en la denuncia y en las primeras investigaciones sobre el caso; 3) también informaron de los datos aportados por la investigación policial que hacían dudar de la versión de la denunciante; 4) el propio periódico recogió uno de los días un escrito del demandante en el que exponía su versión de los hechos. Explica el Alto Tribunal que la veracidad de los hechos no se puede identificar con realidad incontrovertible.

Por lo que se refiere al recurso de casación de los demandados, éstos alegan la infracción del artículo 7 LO 1/1982 y del artículo 20.1.d) CE. A su juicio, una fotografía obtenida del perfil de Facebook del demandante, que es un lugar público, no constituye una vulneración de su derecho a la propia imagen. Además, tal uso no ha supuesto que se desvelen datos íntimos o privados de la vida del demandante. A este respecto, señala el Tribunal Supremo que no es posible utilizar una fotografía extraída de redes sociales sin el consentimiento de la persona que aparece en ella, incluso aunque tal imagen no desvele detalles de su vida privada. De ahí que el Tribunal Supremo acabe desestimando ambos recursos.

NOTA.—La doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor es muy abundante. En concreto, se han pronunciado sobre los siguientes asuntos: a) el criterio de la veracidad (STS de 27 de abril de 2021); b) la publicación de información procedente de fuentes policiales (SSTC de 15 de diciembre de 2003 y 3 de julio de 2006, y SSTC de 2 y 8 de julio de 2004, 18 de octubre de 2005, 9 de marzo de 2006 y 24 de octubre de 2008); c) la concurrencia del requisito de la veracidad aunque después no resulten probados los hechos sobre los que se informa (SSTC de 14 de septiembre de 1999,

26 de febrero de 1996, 11 de diciembre de 2000 y 15 de septiembre de 2003, y SSTS de 31 de diciembre de 1999, 29 de marzo de 2001 y 26 de septiembre de 2008). Asimismo, la doctrina jurisprudencial sobre el conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen es bastante rica. Cabe destacar, a este respecto, las siguientes cuestiones: 1) el carácter autónomo de este derecho respecto a otros derechos de la personalidad (STC de 11 de abril de 1994 y 18 de junio de 2001); 2) el uso de una imagen extraída del perfil de redes sociales de una persona que había sido acusada de la comisión de un delito (SSTS de 15 de febrero de 2017 y 19 de diciembre de 2019). (S. L. M.)

11. Derecho al honor. Intromisión ilegítima mediante publicaciones. Distinción entre exposición de hechos y juicios de valor.—De acuerdo con la doctrina del TEDH, es necesario diferenciar entre la exposición de hechos y los juicios de valor. La existencia de hechos puede ser demostrada, mientras que la veracidad de los juicios de valor no es susceptible de ser probada. La exigencia de probar la veracidad de un juicio de valor es imposible de cumplir y vulnera la propia libertad de opinión, que supone una parte fundamental del derecho garantizado por el artículo 10 (STEDH de 9 de marzo de 2021, Benítez Moriana e Iñigo Fernández contra España).

Libertad de expresión y libertad de información. No aplicación del límite de veracidad a la libertad de expresión.—La libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, al no operar en el ejercicio de aquella el límite interno de veracidad que es aplicable a esta, lo que se justifica en que «tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud» (STC 104/1986, de 17 de julio; 51/1989, de 22 de febrero; y 139/2007, de 4 de junio; así como SSTS 102/2014, de 26 de febrero de 2014 y 497/2014, de 6 de octubre). En definitiva, el reconocimiento de la libertad de expresión garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática (por todas, SSTC 6/1981, de 16 de marzo; 20/1992, de 14 de febrero; y 9/2007, de 15 de enero). Fuera del ámbito de protección de dicho derecho quedarían las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio; 6/2000, de 17 de enero; 148/2001, de 15 de octubre; y 89/2018, de 6 de septiembre).

Personaje público y particulares. Diferentes límites a la crítica de uno y otros. Doctrina del TEDH.—El TEDH recuerda que cabe distinguir entre los particulares y las personas que actúan en un ámbito público, como personalidades de la política o personajes públicos. Los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un político, criticado en calidad de tal, que para un simple particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus gestos y ademanes tanto por los periodistas como por la masa de ciudadanos; debe, por consiguiente, mostrar una mayor tolerancia (por ejemplo, Lingens contra Austria de 8 julio 1986; Lopes Gomes da Silva contra Portugal, núm. 37698/1997;

Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia de 27 de mayo de 2004; y Brasilier v. France, de 11 de abril de 2006; Otegi Mondragon contra España, núm. 2034/2007; Eon contra Francia, de 14 de marzo de 2013; Couderc et Hachette Filipacchi Associés contra Francia, de 12 de junio de 2014). Ciertamente tiene derecho a proteger su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero los imperativos de esta protección deben ser puestos en la balanza con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas, requiriendo las excepciones a la libertad de expresión una estrecha interpretación (Artun y Güvener contra Turquía, núm. 75510/2001, de 26 de junio de 2007).

La sátira como manifestación artística y social. Doctrina del TEDH.—El TEDH ha señalado repetidamente (sentencia de 14 de marzo de 2013, Eon contra Francia, con cita de otras anteriores) que la sátira es una forma de expresión artística y comentario social que, exagerando y distorsionando la realidad, pretende provocar y agitar. Por lo tanto, es necesario examinar con especial atención cualquier injerencia en el derecho de un artista —o de cualquier otra persona— a expresarse por este medio (Vereinigung Bildender Künstler contra Austria, núm. 8354/01, de 25 de enero de 2007; Alves da Silva contra Portugal, núm. 41665/07, de 20 de octubre de 2009 y *mutatis mutandis*, Tusalp contra Turquía núms. 32131/08 y 41617/08, de 21 de febrero de 2012). Debe estarse al caso concreto para verificar que no se trata de una vejación gratuita sino de «un ejercicio de crítica política o social a través de la sátira y el humor» que dota al artículo de un interés democrático superior que pueda justificarlo. En palabras de la STS 498/2015, de 15 de septiembre, la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala vienen reconociendo la legitimidad de la información y opinión frívola, de espectáculo o entretenimiento, que puede llegar a ser algo más ácida para los personajes afectados que aquel género tradicional, pero que hoy debe entenderse admisible según los usos sociales, sin que el buen gusto o la calidad literaria constituyan límites constitucionales a dicho derecho (STC 51/2008, de 14 de abril). El tratamiento humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos que está ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones, e incluso a la libertad de información, en la medida en que el tratamiento humorístico puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos, llamando la atención sobre los aspectos susceptibles de ser destacados mediante la ironía, el sarcasmo o la burla (por ejemplo, SSTS de 17 de diciembre de 2010; 5 de julio de 2011; y 20 de julio de 2011).

Inexistencia de intromisión ilegítima en el honor de la persona criticada a través de un poema satírico, cuando se trata de personaje público relevante y se hace en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión.—El texto litigioso expresa el pensamiento de su autor acerca de las relaciones del secretario general con sus compañeras de partido, por lo que la veracidad acerca de si la demandante había roto o no con su pareja en esa época no es relevante en este caso toda vez que la libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información, porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias y opiniones de carácter personal y subjetivo. La idea principal del texto litigioso acerca de las designaciones políticas de las personas relacionadas sentimentalmente con el secretario general de un partido tiene relevancia pública e interés general. Se aprecia que el autor pretende criticar de forma sarcástica

la correlación que, a su juicio, existe entre quienes mantienen relaciones personales con el secretario general del partido político al que pertenece la actora y el trato y posición que ocupan en el partido. El que la demandante sea pareja del secretario general del partido al que ambos pertenecen puede ser, lógicamente, objeto de crítica. Por ello, el escrito litigioso, que ciertamente prescinde de que la actora ha sido elegida democráticamente en unas elecciones, sugiere que sus únicos méritos consisten en ser pareja del secretario general de su partido, y lo hace además de una manera desagradable y grosera. Sin embargo, no puede entenderse que la idea principal que se comunica a través de la sátira –aunque fuera incierta y desafortunada–, resulte totalmente ilógica o absurda y ajena a cualquier dato objetivo que le sirva de base. Así pues, como ha declarado la reciente STS 337/2021, de 18 de mayo, en otro litigio sobre el honor de la misma demandante: «la puesta en duda de los méritos de la demandante para ocupar los cargos que ocupa y la vinculación de su carrera política con su relación sentimental con el líder de su partido, por más hiriente que pueda resultar a la demandante y por más descarnados que sean los términos utilizados, está amparada por la libertad de expresión. Se trata de la crítica a un comportamiento político que el demandado considera censurable, realizada sobre una base fáctica suficiente, y que por tanto está amparada por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, incluso si se ha realizado utilizando expresiones vulgares e hirientes». (STS de 14 de junio de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.–En noviembre de 2017 la revista de la Asociación Judicial FV publicó un poema satírico, firmado bajo seudónimo, en el que se hacía una crítica sarcástica sobre las relaciones personales y sentimentales de un determinado político, de amplia notoriedad, con otras miembros de su partido, y de las ocupaciones o puestos que las mismas desempeñaban en función de que la relación sentimental con dicho político se mantuviese o se hubiese extinguido. La aludida en el poema, a la sazón Diputada en el Congreso, interpuso demanda de protección de los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y propia imagen por considerar que la publicación de su fotografía y del poema vulneraban sus derechos fundamentales. Los demandados fueron el autor material del poema, la Asociación Judicial y los miembros del comité de redacción de la revista en que se había publicado. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Madrid, acogió el recurso de apelación planteado por los demandados y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la actora. (L. A. G. D.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

12. Condiciones generales de la contratación. Requisitos. El control de incorporación o inclusión.–Las sentencias 241/2013, de 9 de mayo y 314/2018, de 28 de mayo, declaran que el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al

tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal.

Supera el control de inclusión la cláusula suelo incorporada a una escritura pública respecto a la que el prestatario manifiesta conocer su contenido.—En este caso, si el prestatario reconoció expresamente en la escritura de subrogación que conocía el contenido obligacional de la escritura de préstamo hipotecario en que se subrogaba y que tenía una copia de la misma (manifestaciones afectadas por la fe pública notarial, en los términos antes expuestos), difícilmente puede mantenerse que, cuando menos, no tuvo oportunidad de conocer la existencia de la cláusula suelo.

El control de transparencia no es aplicable a los contratos entre profesionales.—Otra cosa es que [la prestataria] pudiera ser más o menos consciente de su carga jurídica y económica, pero eso es control de transparencia, no de inclusión, y no cabe en un contrato entre profesionales. (STS 15 de junio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Una entidad mercantil se subroga, como prestataria, en un préstamo hipotecario concertado entre dos entidades mercantiles. En el préstamo se había pactado un tipo de interés variable con una cláusula de limitación de la variabilidad del 3,5%. En la escritura de subrogación se hace constar que el subrogado manifiesta tener conocimiento del contenido de la escritura del préstamo hipotecario, cuyas obligaciones acepta, comprometiéndose a cumplir todos los pactos y condiciones allí expresados. Posteriormente, la parte subrogada presenta demanda contra la entidad prestamista solicitando la no incorporación de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y la condena a la restitución de las cantidades cobradas por su aplicación. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, al considerar, resumidamente, que la prestataria no había tenido acceso a la escritura de préstamo original en el que se subrogó, que contenía la cláusula suelo, y que en los correos electrónicos y comunicaciones intercambiados entre las partes no se hizo mención a la citada cláusula, por lo que concluyó que la prestataria subrogada no había tenido conocimiento de su existencia. La Audiencia confirmó que la cláusula no superaba el control de incorporación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

13. Consumidores. Cláusulas abusivas. Imposición de costas procesales por estimación íntegra de la demanda de declaración de abusividad: la aplicación de la excepción al principio de vencimiento objetivo, por la concurrencia de serias dudas de derecho, obstaculiza el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.—La regla general del vencimiento objetivo que opera en materia de imposición de costas procesales (art. 394.1 LEC) favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión. En cambio, obstaculiza tal principio la salvedad a dicha regla general consistente en la apreciación de serias dudas de derecho, al suponer que el consumidor, pese a obtener la declaración de que la cláusula es abusiva y que no queda vinculado por ella, deba cargar con parte de las costas procesales, concretamente, las causadas a su instancia y las comunes

por mitad (SSTS, de Pleno, 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, de 17 de septiembre, entre otras). (**STS de 7 de junio de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Un consumidor solicitó la declaración de abusividad de una cláusula inserta en una escritura de préstamo que limitaba a la baja la variación del tipo de interés, así como la devolución de las cantidades abonadas en exceso a la entidad bancaria por su aplicación. El Juzgado estimó íntegramente la demanda con imposición de costas a la entidad bancaria. La entidad bancaria apeló impugnando los efectos retroactivos de la restitución y la imposición de las costas al entender que concurrían serias dudas de derecho porque en la fecha de la sentencia los tribunales estaban limitando la retroacción de la declaración de abusividad a mayo de 2013. La Audiencia estimó en parte el recurso en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la condena en costas. El actor recurrió en casación por infracción de los principios de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y de efectividad del Derecho de la Unión (arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE), y de la doctrina jurisprudencial.

NOTA.—La sentencia extractada continúa la línea de la STS, de Pleno, 472/2020, de 17 de septiembre, comentada por Díaz de Lezcano, I., *ADC*, 2021, III, pp. 1046-1047. Las serias dudas de derecho alegadas por la entidad bancaria se provocaron por el escenario de incertidumbre que se dio entre la STS de 9 de mayo de 2013, que declaró abusivas las cláusulas suelo, y la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que estableció los efectos retroactivos de tal declaración. (*F. S. N.*)

14. Nulidad de contrato concluido por representante. Falta de capacidad del poderdante.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara nulo el contrato de garantía hipotecaria y fianza otorgado por representación como consecuencia de la nulidad posterior del poder así como por la negligencia propia del banco que hizo constar en la escritura pública como compareciente en su propio nombre al poderdante que, ni estuvo allí, ni carecía de facultades volitivas e intelectivas mínimas para contratar. (**STS de 7 de julio de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En enero de 2012 un anciano otorgó un poder especial para realizar actos de administración y disposición de su finca a favor de uno de sus hijos. Un mes después, el hijo tomó a préstamo 500 000€ de una entidad de crédito. En la escritura de préstamo hipotecario se hizo constar que intervenía el anciano en su propio nombre como fiador personal solidario y, además, como hipotecante no deudor, hipotecando la finca referida. En 2013, el notario que había autorizado la escritura de préstamo hipotecario otorgó acta de rectificación de error haciendo constar que había omitido consignar el poder especial que ostentaba el deudor y que comparecía como apoderado en nombre y representación de su padre. Al día siguiente, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Mahón

declaró la incapacidad total y absoluta del anciano y nombró tutora a su hija. Incumplido el pago del préstamo hipotecario, la hija se opuso al proceso ejecutivo alegando la irregular constitución de la hipoteca. Asimismo, se declaró la nulidad radical y absoluta del poder conferido del padre al hijo.

Así las cosas, el Tribunal Supremo comprendió que en el presente caso no concurrían los requisitos necesarios para que la entidad de crédito resultara protegida por la confianza que podría generar la apariencia de representación fundada en la intervención notarial. En concreto, porque «el banco no observó la debida diligencia en la verificación de todos los presupuestos exigidos para eludir las consecuencias de la falta de representación. No solo es que la fianza y la garantía hipotecaria se prestaran a título gratuito, en garantía de una deuda ajena, sino que en la escritura en la que se otorgaron no se hizo referencia al poder, ni por tanto a su suficiencia, pues por error se hizo constar como compareciente en su propio nombre al padre, y no fue hasta después del inicio del procedimiento de incapacidad -que terminó con sentencia por la que, a requerimiento del Ministerio Fiscal se instaba a la hija a que promoviera las acciones legales respecto de los negocios realizados por su hermano sobre la finca- cuando el notario que había autorizado la escritura la rectificó mediante acta en la que hacía constar que por error se había omitido consignar el poder así como que lo valoraba suficiente para que el apoderado hipotecara la finca. Que el banco no interviniera en el otorgamiento del poder luego declarado nulo ni en la rectificación de la escritura de préstamo hipotecario no significa que, partiendo de la inexistencia de poder, pueda quedar amparado por la doctrina de la apariencia, dado que en el momento del otorgamiento de la escritura ninguna referencia se hizo al poder ni a su suficiencia». (A. A. O.)

15. Compensación de deudas. Pensión de alimentos. Oponibilidad por el acreedor alimentario de la compensación de las cantidades no satisfechas con las que él deba al alimentante.—La exclusión legal de la compensación en el artículo 1200 CC, en tanto se pretende cubrir las necesidades de quien tiene derecho de alimentos, trata de impedir que el alimentante se niegue a prestarlos mediante el mecanismo de la compensación. Es claro que a las pensiones no vencidas no podría oponérsele la compensación por faltar el requisito de la exigibilidad (art. 1196 CC) y parece razonable que el deudor de alimentos no pueda oponer la compensación de lo que deba en concepto de alimentos con otro crédito que ostente contra el alimentista. Pero también es claro que, frente a la reclamación por el alimentante frente al alimentista de cantidades debidas por este último al primero, el alimentista sí puede negarse a pagar oponiendo la compensación de lo que a su vez le deba el alimentante por alimentos. Es decir, el alimentante no puede oponer la compensación (art. 1200.II CC), pero el acreedor de alimentos sí puede compensar las pensiones atrasadas con la deuda que él tenga frente a su deudor. Quien puede renunciar o transmitir las pensiones alimenticias atrasadas, o el derecho a reclamarlas, puede también oponerlas en compensación (art. 151 CC).

Legitimación de la madre de la menor beneficiaria de la pensión para oponer la compensación cuando las obligaciones alimenticias no

abonadas por el progenitor han sido satisfechas por la madre. Pago de tercero.—Ante la alegación de que no procede la compensación porque los alimentos son debidos a la hija y no a la madre, que es contra quien se dirige la demanda, debe afirmarse que, ciertamente, la acreedora de los alimentos era la hija menor y la madre, a cuyo cuidado estaba la hija, solo estaba legitimada para reclamarlos. Ahora bien, puesto que el padre no pagó pensión alguna y fue la madre, con la que convivía la menor, quien asumió todos los gastos de manutención, por aplicación de las reglas del pago de tercero (art. 1158 CC) corresponde reconocerle el derecho a reclamar las pensiones a que estaba obligado el padre. **(STS de 7 de junio de 2021;** no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El actor y la demandada se habían separado judicialmente en 2003, de lo que resultó que la hija común quedó bajo la guarda de la madre y se les asignó a ambas el uso del que hasta entonces era el domicilio familiar. En la liquidación de la sociedad de gananciales se le atribuyó al marido la propiedad íntegra del inmueble, que incluía también un local comercial aldaño a la vivienda. En febrero de 2004 la esposa suscribió en su propio nombre un contrato de arrendamiento del local a favor de un tercero, percibiendo las rentas procedentes de dicho alquiler desde dicha fecha hasta junio de 2010. El esposo interpuso demanda en reclamación de las rentas percibidas por la demandada durante dicho periodo, incluyendo entre las cantidades reclamadas el importe del IVA. La esposa, por su parte, opuso la compensación de deudas que el marido mantenía con ella, en concreto, las procedentes del abono de determinados impuestos sobre la propiedad del inmueble, así como el pago de las cuotas del préstamo hipotecario sobre la vivienda y el local y, en especial, las derivadas del impago de las pensiones alimenticias acordadas judicialmente a favor de la hija, y por las que en su momento había recaído condena en vía penal contra el actor. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la esposa a abonar determinadas cantidades, rechazando, por el contrario, la compensación opuesta por aquella en atención, respecto de los alimentos debidos y no pagados, a que la titular era la hija y, en tal sentido, no concurría la identidad de sujetos exigida por la ley. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación de la demandada, al considerar que, si bien no procedía la compensación legal, sí era posible la judicial, por tratarse de deudas líquidas, imputables al demandante. En este sentido, compensó determinadas cantidades correspondientes a los pagos de la hipoteca que había llevado a cabo la demandada y, en particular, los procedentes de la pensión de alimentos no satisfecha por el actor. El demandante interpuso recurso de casación, pero solo con relación a la compensación con los alimentos debidos y no pagados. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso. (*L. A. G. D.*)

16. Requisitos necesarios del silencio como manifestación del consentimiento contractual tácito y su aplicación en los casos de renuncia de derechos.—La Sala Primera reitera su doctrina según la cual el silencio puede tener efecto jurídico como declaración de voluntad, en los casos en los que quien calla

«podía y debía hablar»; deber que se fundamenta en normas positivas, contractuales o, también, en la buena fe, los usos del tráfico o el curso normal y natural de los negocios de que se trate. Siendo así, la Sala Primera advierte además que el silencio, para provocar esos efectos, ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente. Por eso, la falta de manifestación de un contratante a la comunicación del otro de su intención de resolver anticipadamente el contrato no cabe deducir la conformidad del primero con esta resolución en el sentido –no ya de oponerse a una resolución anticipada y unilateral que estaba expresamente prevista como facultad de ambas partes en el contrato– sino de renuncia a la indemnización derivada de una cláusula penal que el contrato preveía en este caso.

Improcedencia de la facultad de moderación de la pena convencional ante el incumplimiento que prevé.—No puede aplicarse la facultad moderadora de la pena prevista en el artículo 1154 CC, si se produce exactamente la infracción para cuyo advenimiento la pena se pactó. (STS de 29 de junio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 15 de septiembre de 2008, A y B celebraron un contrato de mantenimiento de ascensores por una duración de 10 años, tácitamente prorrogable por iguales períodos sucesivos, mientras una de las partes no lo denuncie con 180 días de antelación a su vencimiento. El contrato establecía también que, en caso de rescisión unilateral por alguna de las partes, la parte que rescindiese indemnizaría a la otra, con un importe equivalente a las cuotas pendientes hasta el vencimiento del contrato, tomando como base el importe de la última cuota facturada.

El 17 de septiembre de 2012, la contratante del servicio (A) manifestó su intención de desistir del contrato de arrendamiento con efectos de 31 de enero de 2013. A fin de mantener la relación comercial con B, A solicitó simultáneamente a B presupuesto para el mantenimiento de todos sus ascensores, incluidos los dos objeto del contrato de 2008.

El 11 de enero de 2013, B emitió el presupuesto solicitado. Sin embargo, el 20 de febrero de 2013, A notificó a B que no aceptaba ese presupuesto y ratificaba además su decisión de rescindir el contrato a partir del 30 de mayo de 2013. Si bien las partes mantuvieron su relación contractual de mantenimiento de los ascensores, en junio de 2013 se produjo la resolución anticipada del contrato de forma efectiva mediante el cambio de cerraduras de los cuartos de máquinas en las instalaciones de A.

El 12 de junio de 2013, B denunciase la resolución del contrato mediante burofax y reclamase a A la cantidad prevista en la cláusula penal, lo que no fue atendido. Por eso, B interpuso demanda solicitando que se declarase que se había producido la resolución unilateral y anticipada del contrato y, sobre todo, que se condenase a A a abonar la cantidad prevista en la cláusula penal.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a A. Esta condena fue, sin embargo, rebajada por la Audiencia Provincial. Ante ello, B interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

17. Moderación judicial de la pena convencional ante circunstancias excepcionales. No aplicación.—La Sala Primera recuerda que la pena pueda mode-

rarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC, por analogía, cuando la indemnización a que conduzca sea tan extraordinariamente elevada que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso producido se separa cuantitativamente y de manera radical de los daños y perjuicios razonablemente previsibles al tiempo de contratar para el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Ahora bien, no cabe aplicar dicha facultad de moderación por analogía, cuando ambas partes de un contrato, en ejercicio de su libre autonomía de la voluntad y debidamente asesoradas, pactan la inclusión en el contrato de una cláusula penal que no favorece de forma exclusiva a una de las partes, sino que opera en beneficio de ambas, y constituye expresión de la importancia contractual dada a que se respetara la duración del plazo convencional pactado. (**STS de 5 de julio de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spielberg.]

HECHOS.—El 18 de marzo de 2005, A y B celebraron un contrato de arrendamiento no mercantil por el que la primera arrendaba a la segunda un inmueble por un plazo de duración de 12 años. El contrato contenía una cláusula según la cual, si cualquiera de las dos partes diera por extinguido el contrato antes de su vencimiento, la parte que lo rescindiese anticipadamente debería abonar a la otra el importe correspondiente a todas las rentas del periodo contractual que restare por cumplir hasta el diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, fecha de vencimiento del contrato.

El 29 de noviembre de 2012, la arrendataria manifestó su intención de desistir del contrato de arrendamiento con efectos de 31 de enero de 2013; lo que fue rechazado por la arrendadora, advirtiéndole del obligado cumplimiento del plazo de duración del contrato, así como de su voluntad de reclamar, en tal caso, la penalización pactada por desistimiento unilateral.

Pese a ello, la arrendataria entregó las llaves de la finca el 31 de enero de 2013. Este hecho motivó que la arrendadora interpusiese demanda interesando el pago de las rentas debidas, así como del importe de la cláusula penal. En lo que interesa, la demandada solicitó la moderación de la indemnización derivada de la cláusula.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y rechazó la moderación; lo que fue después revocado por la Audiencia Provincial. Frente a esta sentencia, la arrendadora interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

18. Compraventa de automóvil. Efecto relativo del contrato. Responsabilidad por incumplimiento.—El Tribunal Supremo reitera la doctrina contenida en la sentencia núm. 167/2020, de 11 de marzo. En el ámbito de la fabricación, distribución y venta de automóviles, los contratos no son unidades autónomas. Entre el fabricante y el comprador final, pese a que formalmente no han celebrado un contrato entre sí, se establecen vínculos con trascendencia jurídica, como son los relativos a la prestación de la –habitual– garantía comercial, o la exigibilidad por el consumidor final de las prestaciones ofertadas en la publicidad del producto, que generalmente es realizada por el propio fabricante. Además, con frecuencia, el importador y el distribuidor pertenecen al mismo grupo societario que el fabricante, o están integrados en una red comercial en la que el fabricante tiene un papel importante. A la vista de lo anterior, el fabricante del vehículo no puede ser considerado como un tercero totalmente ajeno al contrato. El incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por el comprador final se debió a que el producto que el fabricante había pue-

to en el mercado a través de su red de distribuidores no reunía las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el propio fabricante y, por tanto, le es imputable el incumplimiento.

Compraventa de automóvil. Asunción de responsabilidad.—La cuestión de si una carta remitida al propietario del vehículo por parte del importador y distribuidor en España constituye o no una asunción de la responsabilidad propia del fabricante, no es un simple hecho, sino una valoración jurídica susceptible de integrar la cuestión objeto de un recurso de casación.

Compraventa de automóvil. Instalación de un dispositivo para reducir las emisiones durante las pruebas de laboratorio. Daño moral *ex re ipsa*.—Cuando se exigen daños morales por el incumplimiento de un contrato de contenido puramente económico, aunque pudiera entenderse que existe una relación de causalidad material entre la conducta del demandado y eventuales daños no patrimoniales que hubiera podido sufrir el demandante, por lo general no podrá establecerse una imputación objetiva con base en el criterio del fin de protección de la norma. Ahora bien, si el incumplimiento contractual es doloso, el título de imputación se deriva de la previsión del artículo 1107 del CC: «en caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». En consecuencia, podría imputarse objetivamente la causación de daños morales a quien actuó dolosamente o ha asumido la responsabilidad de un fabricante que instaló un dispositivo fraudulento para reducir las emisiones durante las pruebas de laboratorio. Pero, si no existe base fáctica que permita afirmar que el concesionario conocía la instalación de dicho dispositivo, no podrá atribuírsele a él una conducta dolosa, de tal modo que no se le pueden imputar objetivamente los daños morales causados al comprador. (STS de 23 de julio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Una persona adquirió un vehículo que, años después, se descubrió que estaba afectado por el escándalo denominado *Dieselgate*: el grupo automovilístico en cuestión había instalado en sus vehículos un programa informático diseñado para falsear las mediciones de las emisiones de gases contaminantes. El grupo admitió públicamente los hechos, y el comprador recibió posteriormente una carta del importador y distribuidor en España, reconociendo el fraude y asegurándole que el vehículo era totalmente seguro desde el punto de vista técnico y apto para la circulación. El comprador presentó una demanda contra el remitente de la carta, así como contra el vendedor. En ella solicitó que se declarase la nulidad del contrato de compraventa o, alternativamente, la resolución del mismo por incumplimiento; así como, en cualquiera de los casos, una indemnización por los daños morales sufridos por la comercialización fraudulenta del vehículo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, considerando que el importador y distribuidor carecía de legitimación pasiva y que no había asumido en la carta la responsabilidad propia del fabricante. Con respecto a la vendedora, la desestimación de la demanda se basaba, fundamentalmente, en que no concurrían los requisitos exigidos para poder estimar la acción de anulabilidad, y tampoco se había producido un incumplimiento contractual grave y esencial, con efectos resolutorios. El juzgado tampoco consideró que se hubiera producido un incumplimiento contractual que hubie-

ra generado los daños y perjuicios cuya indemnización se reclamaba, al no haber probado el comprador la realidad de aquellos. El demandante apeló la sentencia, pero la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Finalmente, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto, acordando la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto en su momento, y por extensión la estimación parcial de la demanda, condenando al importador y distribuidor al pago de una cantidad por los daños morales ocasionados. (R. P. C.)

19. Responsabilidad contractual del arquitecto técnico frente al promotor, no propietario del edificio, por defectos constructivos.—El promotor se encuentra legitimado para ejercitar las acciones derivadas del arrendamiento de los servicios de dirección de obra suscrito con el arquitecto técnico (art. 1544 CC), aun cuando no haya sido requerido o demandado por los adquirentes de lo edificado. La responsabilidad solidaria del promotor frente a los compradores de los pisos permite que éste trate, legítima y legalmente, de eludirla demandando anticipadamente al agente que considere responsable del defecto. La legitimación de los sucesivos propietarios, que les permite reclamar a los agentes de la edificación, no borra la legitimación del promotor que contrató con éstos para exigirles el correcto cumplimiento del contrato (STS 871/2005, de 7 de noviembre, que cita las SSTs de 7 de junio de 1990 y 8 de junio de 1992, entre otras).

Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario en el ejercicio de acciones contractuales del promotor frente al resto de agentes de la edificación.—No puede exigirse al promotor que demande a otros agentes, eventuales responsables, cuando su reclamación se fundamenta en la responsabilidad contractual del demandado (STS 447/2006, de 8 de mayo y las que cita). (STS de 7 de junio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La promotora de un edificio de viviendas transmitidas a terceros demandó al arquitecto técnico, con quien había contratado la dirección de ejecución de la obra, solicitando su condena al pago del coste de unas reparaciones que había afrontado, y a reparar una serie de defectos constructivos que aún no había subsanado la promotora. El Juzgado estimó la demanda, pronunciamiento que sería revocado por la Audiencia. La promotora interpuso recurso de casación articulado en dos motivos. En el primero, alegó que, de acuerdo con la jurisprudencia, posee legitimación, aun cuando no haya sufrido el quebranto patrimonial de costear previamente las reparaciones reclamadas. Y en el segundo, esgrimió una vulneración de la doctrina jurisprudencial según la cual no puede exigirse a la promotora que demande a otros agentes de la edificación, al encontrarnos ante acciones contractuales. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación, y casó parcialmente la sentencia, confirmando la sentencia de primera instancia, salvo en lo relativo a la condena al pago del coste de las reparaciones ya realizadas, dado que en este extremo no fue recurrida la sentencia de la Audiencia, que había apreciado una responsabilidad exclusiva de la constructora no demandada.

NOTA.—El reconocimiento de legitimación al promotor después de la venta del edificio constituye una doctrina jurisprudencial particularmente discutida si éste no ha reparado previamente los defectos constructivos (véase Cadarso Palau, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, p. 181, y Salvador Coderch, P., en *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1993, p. 1.193). En el supuesto de que el promotor obtenga una cantidad dineraria, se corre el riesgo de que no se emplee en la reparación de los defectos (Martínez Escribano, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Valladolid, 2007, p. 44). Por lo demás, la admisión de estas acciones en los casos en que el promotor no sea propietario ni haya indemnizado a los adquirentes, puede colisionar con las que éstos ejerciten frente a los agentes, en cuyo caso deberá darse preferencia a las últimas por tratarse de los verdaderos perjudicados (Santana Navarro, F., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», *ADC*, 2019, II, p. 388). (F. S. N.)

20. Responsabilidad por defectos constructivos (art. 17.1 b) LOE).— Producción de los daños materiales dentro del plazo de garantía: la constatación del vicio constructivo constituye en sí misma un daño material.—La deficiente instalación del pavimento de unas viviendas por una causa común constituye un defecto generalizado, un daño para cada uno de sus titulares, con independencia de que los defectos se hayan manifestado o no en todas ellas dentro del plazo de garantía trienal aplicable. Tales defectos son daños materiales, en cuanto comprometen la integridad de la vivienda al afectar a su habitabilidad, porque su reparación tiene un coste cierto y evaluado económicamente.

Posición jurídica de los llamados al proceso, en virtud de la DA 7.^a LOE, mientras no se dirija demanda en su contra: condición de terceros, sin perjuicio de su vinculación por las declaraciones que se realicen a propósito de su responsabilidad en los defectos constructivos.—Los llamados al proceso por la vía de la DA 7.^a LOE y del artículo 14.2 LEC, ocupan la posición jurídica de terceros, si la demanda no se dirige contra ellos por el actor y no es precisa su interpelación conjunta con los demandados, por no darse un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. La sentencia que se dicte no podrá contener pronunciamiento condenatorio ni absolutorio del tercero (SSTS, de Pleno, 459/2020, de 28 de julio, y 623/2011, de 20 de diciembre). La oponibilidad y ejecutividad del fallo a que se refiere la DA 7.^a LOE, supone, de un lado, que el llamado al proceso quedará vinculado por las declaraciones que se hagan en la sentencia a propósito de su intervención en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrá alegar que resulta ajeno a lo ejecutado, y de otro, que únicamente podrá ejecutarse la sentencia en su contra cuando se den los presupuestos procesales, lo que no ocurrirá cuando ninguna acción se ha ejercitado en su contra (SSTS, de Pleno, 538/2012, de 26 de septiembre, y 459/2020, de 28 de julio). El demandado que solicita la intervención de un tercero no solo persigue su condena, sino facilita la posterior acción de regreso de que se crea asistido frente a los que considere corresponsables, quienes no podrán desconocer el contenido del pronunciamiento previo, cuestionando la valoración fáctica y la aplicación del derecho realizada en él, o la defensa desarrollada por el deman-

dado (SSTS 760/2014, de 8 de enero de 2015, y 1364/2006, de 29 de diciembre). Por ello, la constructora está facultada para solicitar la declaración de responsabilidad del arquitecto técnico. Además, si se vetara lo anterior, quedaría firme la exoneración del arquitecto técnico no demandado, lo que condicionaría la acción de repetición de la constructora.

Responsabilidad del arquitecto técnico por defectos de ejecución generalizados.—De acuerdo con el artículo 13 LOE, cuando el arquitecto técnico actúa como director de la ejecución material de una obra, es el agente a quien compete controlar y supervisar, entre otros aspectos, los materiales que se utilizan y su correcta colocación. En esta competencia ahonda el artículo 7 del Código Técnico de la Edificación, que le atribuye el control durante la ejecución de cada unidad de obra, verificando los materiales utilizados, y la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, así como los controles a realizar para comprobar su conformidad con lo indicado en el proyecto, la legislación la aplicable, las normas de la buena práctica constructiva y las instrucciones de la dirección facultativa. De acuerdo con el artículo 2 del Decreto de 16 de julio de 1935, le corresponde inspeccionar con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas, y ordenar la ejecución material de la obra, siendo responsable de que se efectúe con sujeción al proyecto y a las buenas prácticas de la construcción (STS 1092/2003, de 12 de noviembre). Cuando el defecto o vicio constructivo es una imperfección en la ejecución material que, por su magnitud, afecta a toda la obra, el arquitecto técnico no puede eludir su responsabilidad. Por ello, aunque el arquitecto técnico no intervino como demandado y no puede ser condenado, sí procede declarar su responsabilidad. (STS de 17 de junio de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Dos comunidades de propietarios afectadas por vicios constructivos en el pavimento de las viviendas que comprometen su habitabilidad, y la promotora que las vendió y costeó las reparaciones más urgentes, reclamaron respectivamente a la constructora, el pago del coste de las obras de reparación, más los gastos de alojamiento y depósito de mobiliario durante su ejecución, y el reembolso del coste de aquellas reparaciones urgentes. Tales defectos poseían una causa común, y durante el plazo de garantía trienal en alguna de las viviendas aparecieron baldosas dañadas con fisuras, abombamientos o despegues del soporte. A petición de la constructora demandada fueron llamados al proceso el arquitecto superior y el arquitecto técnico. La demanda no se dirigió frente a estos intervinientes, pero en tal condición la contestaron. El Juzgado y la Audiencia estimaron sustancialmente la demanda. En la sentencia de segunda instancia se añadió que no cabía atribuir responsabilidad al arquitecto técnico porque los defectos tuvieron causa exclusiva en la mala puesta en obra de los pavimentos, que constituye una labor sencilla por lo que no precisa de instrucciones específicas. La constructora interpuso recurso de casación alegando infracción del artículo 17.1 b) LOE, por preclusión del plazo de garantía trienal en cuanto a algunas viviendas, por no haberse manifestado daños en ellas. También alegó infracción del artículo 1902 CC, al entender que los daños no se habían producido; y de los artículos 13.1 y 13.2 c) LOE, por estimar responsable al arquitecto técnico. El Tribunal Supremo acogió en parte el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se aborda una cuestión de una indudable trascendencia, la determinación del suceso que debe producirse durante los plazos de garantía previstos en la LOE, interés acentuado en el caso de defectos de habitabilidad que se someten a un breve plazo trienal. Para que surja la responsabilidad no es necesario que durante dicho plazo el vicio o defecto constructivo genere un daño adicional al de su propia existencia, porque aquél produce necesariamente un perjuicio patrimonial (Santana Navarro, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2018, pp. 41, 126 y ss.). Al margen de este planteamiento, cabría sostener que por tratarse de daños generalizados no es necesario que todos se exterioricen durante el plazo de garantía, como señaló la STS de 29 de diciembre de 1993, dictada en un supuesto en que las tuberías se habían corroído por idéntica causa, algunas dentro de la antigua garantía decenal (art. 1591 CC) y otras no, pero habiéndose iniciado la génesis de tal corrosión en plazo. (F. S. N.)

21. Responsabilidad profesional del abogado por pérdida de oportunidad.—Por la propia naturaleza de su profesión, la obligación que asume el abogado al aceptar un encargo suele ser de medios, pues no puede garantizar el resultado del pleito al depender de circunstancias ajenas a su actividad. Sin embargo, en ocasiones su falta de diligencia puede llevar a la frustración de las legítimas pretensiones de su cliente, como puede suceder cuando le asesora incorrectamente o no presenta los recursos oportunos. En tales casos los perjudicados se encuentran con el problema de acreditar el daño sufrido, pues no pueden demostrar definitivamente que en caso de haber actuado con diligencia el resultado del proceso habría sido otro, escollo que se salva a través de la doctrina de la pérdida de oportunidad. La Sala Primera se pronuncia de nuevo sobre la calificación de este daño, abundando en su jurisprudencia más reciente según la cual no ha de considerarse como un daño moral sino como un daño patrimonial incierto, por lo que la indemnización no procede en todo caso, sino solo cuando haya una razonable certeza sobre la posibilidad de que la pretensión no ejercitada por los letrados hubiera resultado beneficiosa para los demandantes, correspondiendo la carga de la prueba a quien reclama la indemnización. (STS de 28 de junio de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los letrados A y B asumieron los expedientes expropiatorios de diversas fincas, interponiendo los correspondientes recursos contencioso-administrativos contra el justiprecio acordado en vía administrativa. La mayoría de los mismos se resolvió con relativa rapidez y, a pesar de un cierto retraso en hacer efectivo el pago, los clientes aceptaron el justiprecio sin formular reserva del derecho de retasación. Dos recursos, no obstante, se resolvieron con posterioridad a la reforma de la normativa autonómica de valoración del suelo, por lo que se hizo valer el derecho de retasación y se fijó un nuevo justiprecio muy superior al de las demás fincas. Consecuentemente, los clientes de A y B interpusieron demanda de responsabilidad profesional contra ellos por su inadecuado asesoramiento.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, considerando que A y B habían faltado a la diligencia debida, y los condenó a indemnizar la diferencia entre el precio por metro cuadrado de los primeros expedientes y el de los que fueron objeto de retasación. Contra dicha sentencia los codemandados interpusieron recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. Según esta, aunque la retasación fuera procedente el precio debería fijarse atendiendo al momento en que se pudo realizar tal solicitud, antes de la reforma autonómica, y los demandantes no habían aportado prueba de que el precio habría sido superior en tal caso.

Los demandantes interpusieron recurso por infracción procesal de las reglas de carga de la prueba, rechazado por el Tribunal Supremo porque en procesos sobre responsabilidad de los letrados corresponde a quien reclama la indemnización probar los requisitos de la responsabilidad civil. Interpusieron asimismo recurso de casación por infracción de las normas y doctrina jurisprudencial relativas a la negligencia profesional del abogado en relación con el derecho de retasación. El mismo también fue desestimado por el Tribunal Supremo, que aserta que la doctrina de pérdida de oportunidad se basa en una frustración de una pretensión de naturaleza patrimonial, no de un daño moral, por lo que es necesaria una certeza razonable sobre la posibilidad de éxito de la pretensión no ejercitada. Si los demandantes no prueban el mayor precio que habrían recibido en caso de haber pedido la retasación en tiempo y forma, en atención a las circunstancias existentes al tiempo de formularla y no a las condiciones legales resultantes de la reforma posterior de la normativa de valoración del suelo, no se puede apreciar la falta de diligencia de los letrados ni la existencia del daño.

NOTA.—La identificación del daño indemnizable en los casos de pérdida de oportunidad es polémica en nuestra jurisprudencia: en ocasiones se ha calificado como un daño moral consistente en la propia frustración de la pretensión (SSTS 396/1996, de 20 de mayo; 609/1998, de 25 de junio; y 1157/2003, de 12 de diciembre), mientras que desde hace algún tiempo se viene calificando como un daño patrimonial, dado el carácter instrumental del derecho a la tutela judicial efectiva respecto del derecho que se pretendía hacer valer (SSTS 328/2010, de 27 de mayo; 373/2013, de 5 de junio; y 50/2020, de 22 de enero), posición en la que abunda la Sala Primera en esta sentencia. En esta línea, se ha dicho que la doctrina de la pérdida de oportunidad operaría como un supuesto de responsabilidad proporcional o imputación probabilística, de modo que en vez de asignar un valor a la oportunidad como daño moral se trataría de fijar una indemnización en proporción al grado de certeza sobre la producción del daño y el nexo causal con el acto enjuiciado (SSTS 948/2011, de 16 de enero de 2012; y 105/2019, de 19 de febrero). (C. C. S.)

22. Responsabilidad civil extracontractual y fallecimiento prematuro como factor de minoración de la indemnización.—Aunque tiene carácter orientativo y no vinculante, es frecuente que nuestros tribunales acudan al baremo de la LRCSCVM para la cuantificación de los daños persona-

les, el cual tiene en cuenta la edad de la víctima y sus expectativas vitales para calcular la indemnización. Se plantea entonces si en caso de fallecer la víctima a causa del accidente o enfermedad de cuya indemnización se trata estaría justificada la reducción de la cuantía, atendiendo a la diferencia entre la duración real de su vida y la esperanza de vida que se tuvo en cuenta al hacer el cálculo. En este punto la propia LRCSCVM contempla la posibilidad de modificar la indemnización como consecuencia de la alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su fijación o por la aparición de daños sobrevenidos, y la Sala Primera se pronuncia en el sentido de que el fallecimiento de la víctima, en la medida en que delimita con certeza las coordenadas temporales del daño, ha de tenerse en cuenta a efectos de calcular la indemnización. Los herederos tienen derecho al crédito resarcitorio del causante, razona, pero el mismo debe obedecer a los daños efectivamente sufridos y estos no pueden separarse de la muerte de la víctima, ello sin perjuicio de los derechos indemnizatorios que puedan corresponderles por derecho propio a los herederos a razón de su propio sufrimiento por la muerte del familiar. (STS de 28 de junio de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Como consecuencia de su exposición prolongada al amianto a causa del trabajo de su padre, A acabó desarrollando un cáncer muy agresivo e incurable que redujo sensiblemente su esperanza de vida y le ocasionó una incapacidad permanente absoluta, así como graves padecimientos. Es por esto que A interpuso demanda de responsabilidad civil contra la empresa B, empleadora de su padre.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y concedió la suma reclamada por la actora. La empresa B apeló el fallo, discutiendo su responsabilidad en la causación del daño y solicitando en todo caso la reducción de la cuantía. Durante la tramitación del recurso, A falleció. En estas circunstancias, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, reafirmando la responsabilidad de la empresa B pero reduciendo la cuantía de la indemnización al entender que, con la muerte de la víctima, los perjuicios se acotaban a un periodo inferior al tenido en cuenta originalmente al conceder la indemnización.

Las herederas de A interpusieron recurso de casación por infracción de doctrina jurisprudencial que fue íntegramente desestimado por el Tribunal Supremo. Este desgrana las sentencias invocadas por las recurrentes, destacando: 1) que el baremo establecido en la LRCSCVM es orientativo, no vinculante; 2) que en su artículo 43 contempla la modificación del *quantum* por alteración sustancial de las circunstancias que determinaron su fijación, como puede ser la muerte; y 3) que deben distinguirse los casos en que la víctima fallece sobrevenidamente por causas externas de aquellos en que la muerte se deriva del propio accidente litigioso, en cuyo caso estaría perfectamente justificada la reducción de la cuantía en atención al verdadero período de sufrimiento. No obstante, también afirma que esta indemnización es en todo caso compatible con la que pueda corresponder *ex iure proprio* a los herederos por su propio sufrimiento por la muerte anticipada de su pariente.

NOTA.—Respecto al carácter orientativo y no vinculante del baremo establecido en la LRCSCVM para el cálculo de la indemnización por daños a la persona, debiendo el juzgador atender a las circunstancias concurrentes, la sentencia no hace sino sumarse a la inveterada jurisprudencia en este sentido (SSTS 280/1997, de 26 de marzo; 1250/2006, de 27 de noviembre; 776/2013, de 16 de diciembre; y 630/2020, de 24 de noviembre). En cuanto a la posibilidad de que la muerte prematura de la víctima se tenga en cuenta para minorar la indemnización, la Sala Primera en algunos casos se ha pronunciado en contra (SSTS 800/2009, de 10 de diciembre; y 249/2015, de 29 de junio). Sin embargo, en otros pronunciamientos, como el actual, ha matizado que, cuando el fallecimiento se debe al mismo accidente o enfermedad de cuya indemnización se trata, la muerte supone la concreción definitiva del daño e influye en su cuantificación, sin perjuicio de que este fallecimiento anticipado pueda conllevar a su vez un padecimiento indemnizable para los herederos de la víctima, cuya reclamación es compatible con la de los daños sufridos por aquella (SSTS 535/2012, de 13 de septiembre; y 141/2021, de 15 de marzo). (C. C. S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

23. Medianería horizontal. Concepto.—A pesar de no hallarse regulada expresamente en el Código Civil, y sí contemplada en el artículo 555.1 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, este Tribunal ha admitido la llamada medianería horizontal, que se da en aquellas situaciones en que se produce el fenómeno constructivo de superposición de edificaciones, en el que una de ellas pisa sobre la otra con la que colinda. Este fenómeno se conoce igualmente con el nombre de «casas a caballo». Se utiliza también el término de engalaberno para hacer referencia a supuestos en los que una edificación construida en su propio solar invade o se apoya sobre otra construcción levantada en un terreno colindante, con ocupación de su vuelo o subsuelo. No es extraño observar en el clausulado de instrumentos públicos e inscripciones registrales expresiones tales como «en este edificio se introduce una habitación del colindante» o que «pisa» o «apoya» sobre edificación ajena, ocupando parte de su espacio aéreo.

Elementos característicos de la medianería horizontal.—La particularidad de estos supuestos radica en la horizontalidad del elemento medianero, paralelo respecto al suelo, que sirve de techo para una de las edificaciones y de suelo para la otra, y que se configura como el único elemento común de relación entre las fincas, sometido como tal a un particular, y no sencillo, régimen jurídico derivado de su propia naturaleza y esencia.

Tratamiento jurídico.—El Tribunal Supremo negó la aplicación en tales casos del régimen jurídico de la comunidad de bienes de los artículos 392 y siguientes del Código civil, en la sentencia de 24 de mayo de 1943; así como su identificación con la regulación normativa de la propiedad horizontal en la sentencia de 28 de abril de 1972, introduciendo el concepto de medianería horizontal. Por su parte, la sentencia 421/2008, de 20 de mayo, declara su sometimiento a un régimen especial, con exclusión de la regulación normativa de la medianería salvo que se haga por vía de aplicación analógica.

Inexistencia de medianería horizontal. Edificio único que constituye una misma finca registral en la que las partes pactaron el sometimiento al régimen de propiedad horizontal.—No nos hallamos, por consiguiente, ante dos fincas distintas, manifestación constructiva de una medianería horizontal, sino ante un edificio único, de origen común, levantado sobre el mismo solar, cuyas plantas se asientan en los mismos cimientos, que conforman una misma finca registral sobre la cual los demandados inscribieron su derecho de vuelo, y en el que las partes pactaron además expresamente el sometimiento al régimen de propiedad horizontal, en coherencia con la unidad estructural del inmueble litigioso.

Doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de ir contra los actos propios.—Recientemente hemos sintetizado la jurisprudencia de esta sala sobre la doctrina de los actos propios, en las sentencias 320/2020, de 18 de junio y 63/2021, de 9 de febrero, de la forma siguiente: «La doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 9 de diciembre de 2010 y 547/2012, de 25 de febrero de 2013). El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS 9 de diciembre de 2010, 7 de diciembre de 2010). Como afirmamos en la sentencia de 25 de febrero de 2013, [...], dicha doctrina «significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real».

Concepto de acto propio.—Como también hemos afirmado en la sentencia 760/2013, de 3 de diciembre, reiterando lo declarado en la sentencia de 22 de octubre de 2002, los «actos propios» que producen esos efectos deben ser «actos idóneos para revelar una vinculación jurídica [...]». (**STS de 7 de junio de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los actores compraron un terreno bajo la condición de construir un edificio de una sola planta, ocupando toda la superficie del solar enajenado, con la solidez suficiente para edificar sobre esa planta dos más que corresponderían al vendedor o a sus derechohabientes. Ejecutada la mentada edificación, la parte compradora, como propietaria de la planta primera o baja y la parte vendedora, como propietaria del derecho a edificar sobre esa planta otras dos más, suscribieron una escritura de obra nueva. En dicha escritura se pactó que las edificaciones que se construyesen sobre el vuelo de la finca construida se sujetarían a las normas sobre propiedad horizontal y que las nuevas plantas serían destinadas cada una de ellas a una vivienda, con una extensión y características similares a la ya existente. Tras el fallecimiento del vendedor se inscribió en el Registro de la Propiedad el derecho de vuelo a nombre de los herederos. En el momento de la demanda, el edificio consta de dos pisos enteramente construidos. El primero o planta baja, perteneciente a los compradores, y la primera planta, propiedad de los

herederos del vendedor. A su vez estos, levantaron en la azotea dos habitaciones y una puerta de hierro que impide el acceso a la cubierta del edificio al otro propietario. El litigio va dirigido a que se acuerde la remoción de la puerta de hierro y cualquier otro elemento que impida o limite el acceso a la cubierta del edificio y que se declare la ilegalidad de las obras por estar realizadas en un elemento común del inmueble. Los demandados alegaron en su defensa que, en el caso del edificio objeto de controversia, no existe comunidad de bienes, ni propiedad horizontal sino medianería horizontal que funciona como un sistema de propiedad individualizada. En este sentido, afirmaron que las fincas de los actores y demandados son independientes porque tienen su acceso por fachadas diferentes, sin que exista desde el interior una conexión directa. De forma que el único elemento medianero entre las propiedades es la pared horizontal, que separa el vuelo de la vivienda del actor con el suelo de la vivienda de la planta primera. El juzgado desestimó la demanda con el razonamiento de que no existe comunidad de propietarios y que los demandantes nunca han tenido acceso a la azotea. La Audiencia Provincial la revocó, dando la razón a los actores, al entender que se trataba de una edificación sometida al régimen de propiedad horizontal y aunque se había otorgado a los demandados el derecho de vuelo, hasta que no se edifique la cubierta es un elemento común del inmueble. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

24. Propiedad horizontal. Aplicación del régimen de propiedad horizontal a complejos inmobiliarios previos a la reforma operada por la Ley 8/1999.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara improcedente aplicar el régimen de las propiedades horizontales y, especialmente, de la obligación de contribuir a los gastos generales, a un complejo inmobiliario constituido antes de la reforma de la Ley 8/1999 que no probó la existencia de elementos ni servicios comunes. (STS de 6 de julio de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 18 de diciembre de 1994 se constituyó una macrocomunidad de propietarios que, en 2010, aprobó unos nuevos estatutos. Tras ello, aprobó la lista de propietarios morosos y demandó a uno de ellos. El propietario moroso se opuso alegando falta de legitimación activa de la macrocomunidad, entre otros motivos, no resulta aplicable al caso el artículo 24.1.b) LPH por no existir copropiedad ni proindiviso; además de que los servicios eran prestados por el Ayuntamiento de Estepona.

En estas circunstancias, el Alto Tribunal compartió el criterio y rechazó que cupiera aplicación analógica del régimen propio de las propiedades horizontales a los complejos inmobiliarios constituidos con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 8/1999, ya que ello exige inexcusablemente que concurra la situación de la «titularidad compartida» sobre determinados elementos inmobiliarios de utilidad común, viales, instalaciones o servicios, lo que no se probó en este caso. En consecuencia, no puede aplicarse el régimen de contribución obligatoria a los gastos generales del artícu-

lo 9.1, e) LPH, es decir, los destinados al sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades, no susceptibles de individualización. (A. A. O.)

25. Compensación por copia privada.—La normativa nacional sobre la compensación equitativa por copia privada, recogida en los artículos 25 y 31.2 LPI, ha de ser interpretada de conformidad con la Directiva 2001/29, siguiendo las pautas marcadas por el TJUE, pues tal interpretación conforme es posible, aplicando los criterios teleológico y sistemático. El TJUE ha declarado que el concepto de «compensación equitativa», en el sentido del artículo 5.2.b) Directiva 2001/29, es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros que hayan establecido la excepción de copia privada. Según el TJUE, de los considerandos 35 y 38 de la Directiva 2001/29 se desprende que dicha compensación equitativa tiene por objeto compensar a los autores adecuadamente por el uso que, sin su autorización, se haya hecho de sus obras protegidas. Por tanto, la compensación está vinculada al perjuicio causado al autor mediante la reproducción para uso privado de su obra protegida.

Un sistema de financiación de la compensación equitativa por medio de un canon por copia privada, que grave a quienes disponen de los equipos y soportes de reproducción digital y los ponen a disposición de personas privadas, sólo es compatible con los requisitos del justo equilibrio en caso de que los equipos y soportes de reproducción en cuestión puedan utilizarse para realizar copias privadas y, por consiguiente, puedan causar un perjuicio a los autores de obras protegidas. Ellos serán los deudores de la compensación, si bien deben tener la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados.

Por tanto, el artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas. De ahí que la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulte conforme con la Directiva 2001/29. No es posible aplicar el canon a la totalidad de equipos y soportes de reproducción digital adquiridos por el público, sin tener en cuenta el uso que se les vaya a dar. En definitiva, el Tribunal Supremo considera que es posible realizar una interpretación del artículo 25 LPI, en la redacción anterior a la vigente, conforme al artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 y la jurisprudencia del TJUE. **(STS de 23 de junio de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El banco C interpuso en 2013 una demanda contra las entidades de gestión CEDRO y VEGAP, en la que solicitaba, entre otras cosas, que se condenara a las demandadas a restituirle más de 900.000 euros, cantidad que C había satisfecho indebidamente en concepto de canon por copia privada por razón de los equipos y soportes adquiridos entre 2006 y 2009. Las pretensiones se fundaron en el cuasicontrato de pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa. C alegó que pagó la compensación al adquirir

tales equipos y soportes, cuya exigencia, en tanto que fundada en un criterio indiscriminado ajeno al uso presumible de los equipos y soportes adquiridos, resultaba contraria al artículo 5.2.b) Directiva 2001/29, como resulta de la jurisprudencia del TJUE.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró carente de justificación el canon que se repercutió a la demandante, por lo que condenó a las demandadas a restituirle la suma de casi 870.000 euros, por ser esa la cifra que había resultado probada con las facturas aportadas. Las demandadas apelaron la sentencia ante la Audiencia Provincial. Ésta estimó el recurso de apelación por considerar que el cobro de la compensación había sido conforme al artículo 25 LPI. La Audiencia argumentó que la Directiva carecía de efecto directo horizontal, y no era posible realizar una interpretación del artículo 25 LPI conforme al artículo 5.2.b) Directiva 2001/29 sin incurrir en una interpretación *contra legem*. Por tal razón, el pago del canon por copia privada por parte de C, al comprar los equipos y soportes, se basaba en un título jurídico que era el artículo 25 LPI, por lo que no fue un cobro indebido ni el enriquecimiento experimentado por las apelantes fue un enriquecimiento in causa.

C interpuso un recurso de casación. CEDRO, en su escrito de oposición al recurso, alegó, entre otras, una causa de inadmisión basada en la carencia sobrevenida del objeto de las acciones ejercitadas por C como consecuencia de la entrada en vigor de la DT 3.^a del Real Decreto-ley 12/2017. CEDRO deduce de esta norma que C carece, sobrevenidamente, de acción para exigir ese reembolso. Dicha norma establece que no procede la devolución del importe abonado o repercutido por la aplicación del régimen de compensación equitativa conforme a la normativa entonces vigente. El Tribunal Supremo señala que la interpretación que ha de darse a esa norma es que los abonos de la compensación realizados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, que sean conforme a la normativa entonces vigente, no deben ser devueltos, aunque no sean procedentes conforme a esta nueva norma. Ahora bien, apunta también que no cabe privar de acción a los afectados cuando los abonos de esa compensación no fueran acordes con la interpretación que había que hacer de la normativa entonces vigente conforme a la jurisprudencia del TJUE relativa al artículo 5.2.b) Directiva 2001/29.

Entrando en el fondo del recurso de casación, el Tribunal Supremo considera que debe ser estimado. La compradora final de los equipos era una entidad financiera, y tales equipos y soportes son adecuados para desarrollar la actividad empresarial propia de su objeto social, por lo que no estamos ante equipos destinados al uso de personas físicas, respecto de los que quepa presumir un posible destino a reproducir obras ya divulgadas para uso privado de una persona física. Por el contrario, se presentan como equipos manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas. Por lo tanto, no concurre el requisito de potencialidad de causar un perjuicio efectivo a los autores como consecuencia de realizar copias privadas de sus obras, establecido por la jurisprudencia del TJUE.

NOTA.—Sobre la eficacia de las directivas europeas, *vid.* la sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2020 (caso *Euromin Holding*) y la STS de 9 de enero de 2013. Respecto a la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre la compensación equitativa por copia privada, *vid.* sus sentencias de 21 de octubre de 2010 (caso *Padawan*), 16 de junio de 2011 (caso *Stichting de ThuisKopie*). En la jurisprudencia española, *vid.* las SSTS de 22 de junio de 2012, 6 y 9 de marzo de 2015. (*S. L. M.*)

26. Desahucio por precario y provisionalidad de la suspensión del lanzamiento de vivienda habitual.—De conformidad con la Sala Primera del Tribunal Supremo, la suspensión del lanzamiento de vivienda habitual de los deudores hipotecarios vulnerables, prevista en la Ley 1/2013 por un plazo de dos años prorrogado sucesivamente, en atención a su carácter coyuntural, solo alcanzará dicho plazo acordado en el auto cuando no conste ni la concurrencia del ejecutado en los requisitos de vulnerabilidad, ni la interposición de una demanda de ampliación del plazo. (**STS de 7 de julio de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Jesús Carlos y la entidad financiera Caixa d'Estalvis Laietana celebraron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre una vivienda destinada a residencia habitual. Ante el impago de diversas cuotas del contrato de préstamo, la entidad financiera interpuso demanda de ejecución hipotecaria sobre la finca objeto de la garantía, que le fue adjudicada tras la celebración de la correspondiente subasta judicial. Tras esta adjudicación, se acordó la suspensión del lanzamiento y la mantención del ejecutado en la ocupación de la finca por un plazo de dos años. Con posterioridad, la entidad financiera procedió a la venta del inmueble, y los adquirentes interpusieron una demanda de desahucio por precario.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación por entender que está acreditado que el demandante es el propietario de la vivienda litigiosa, que la suspensión del lanzamiento no constituye título para la posesión, y que no consta que el demandado haya solicitado al acreedor ejecutante el arrendamiento de la vivienda, en aplicación del Código de Buenas Prácticas de las entidades financieras.

NOTA.—El Tribunal Supremo considera que no es suficiente para enervar la acción de desahucio que la situación del demandado no responda a la mera tolerancia del actor. Asimismo, aunque en el momento de interposición de la demanda de desahucio por precario no había concluido el plazo de la suspensión del lanzamiento, había expirado en el momento de celebración de la vista. Finalmente, no se había solicitado la ampliación de dicho plazo, ni se había acreditado la posible formalización de un arrendamiento de vivienda, en aplicación del Código de Buenas Prácticas. Los terceros adquirentes son de buena fe, y no es oponible esta situación posesoria temporal al amparo del artículo 1 de la Ley 1/2013. (*C. A. C.*)

27. Legitimación activa de un notario para impugnar judicialmente la calificación registral que deniega la inscripción de una escritura autorizada por dicho notario.—Se plantea como cuestión jurídica si el notario que autorizó una escritura que fue presentada para su inscripción registral goza de legitimación activa para la impugnación judicial directa de la calificación negativa del registrador. Según el artículo 328 LH, párrafo tercero, el notario que autorizó la escritura cuya inscripción fue denegada por el registrador está legitimado para impugnar directamente la calificación negativa ante el juez competente, pues lo está para recurrir esta calificación ante la DGRN (DGSJFP), conforme a la letra b) del artículo 325 LH. Es cierto que el párrafo cuarto del artículo 328 LH establece una excepción, en cuanto que restringe la legitimación para recurrir judicialmente la resolución de la DGRN (DGSJFP). Expresamente niega esta legitimación, por una parte, al Colegio de Registradores, al Consejo General de Notariado y a los colegios notariales, y por otra al notario y al registrador implicados (el notario que autorizó el título y el registrador cuya calificación negativa hubiera sido revocada por la DGRN). La norma ha ceñido la legitimación a los directamente interesados, ordinariamente, los titulares de derechos que pretendían acceder al registro. No obstante, el propio párrafo cuarto del artículo 328 LH reconoce legitimación al notario autorizante del título y del registrador que califica para recurrir judicialmente la resolución de la DGRN «cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares». Pero en nuestro caso estamos ante una impugnación judicial directa de la calificación negativa del registrador, a la que resulta de aplicación la regla general del párrafo tercero del artículo 328 LH, que se remite al artículo 325.b) LH, y no la regla especial del párrafo cuarto del artículo 328 LH. Por eso, no cabe cuestionar la falta de legitimación activa del notario que autorizó la escritura objeto de la calificación negativa directamente impugnada. (STS de 20 de julio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 23 de marzo de 2017, el notario Balbino autorizó una escritura de compraventa. La escritura fue presentada al registro y la registradora realizó una calificación negativa y suspendió la inscripción, al advertir varios defectos subsanables. El notario que había autorizado la escritura interpuso una demanda de juicio verbal, al amparo del artículo 328 LH, para que se anulara y se dejara sin efecto la reseñada calificación registral negativa. La demanda se dirigía frente a la registradora que realizó la calificación. La registradora, además de cuestionar el fondo del asunto, excepcionó la falta de legitimación activa del notario para impugnar judicialmente la calificación registral, al carecer el notario de interés personal o patrimonial. La sentencia de primera instancia apreció esta excepción de falta de legitimación activa del notario y desestimó la demanda.

Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por el notario demandante, la Audiencia desestimó el recurso y confirmó su falta de legitimación activa para impugnar la calificación negativa de la registradora, por carecer de interés legítimo.

Frente a la sentencia de la Audiencia, el notario demandante interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso. (J. M.^a M. F.)

DERECHO DE FAMILIA

28. Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en caso de custodia compartida.—El Código civil español no regula el régimen de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de guardia y custodia compartida, produciéndose, por tanto, un vacío normativo que es necesario cubrir.

A tales efectos, no resulta de aplicación lo establecido en el párrafo primero del artículo 96 CC, puesto que se refiere a los supuestos de atribución exclusiva de la guardia y custodia de los hijos a uno de los progenitores, sin perjuicio del derecho de vistas del otro.

A la hora de buscar una solución a la problemática suscitada, la regulación que guarda mayor identidad de razón con el caso que se plantea —aun con diferencias relevantes— la encontramos en el párrafo segundo del artículo 96 CC. Este artículo 96 CC señala que, para tales casos, el juez resolverá lo procedente. De este modo, se está confiando al titular de la jurisdicción el mandato normativo de apreciar las circunstancias concurrentes para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en curso, sin condicionar normativamente la libertad resolutoria del juzgador.

No obstante, la falta de concreción de tal criterio normativo ha llevado a la jurisprudencia, en cumplimiento de su función, a fijar los elementos a valorar para evitar incurrir en un mero decisionismo voluntarista que pudiera convertirse en una vedada arbitrariedad.

Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se deberá de prestar especial atención a dos factores:

(i) en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres;

(ii) en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero.

De acuerdo con dicha doctrina, es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos, etc.) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía. Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, pues deben armonizarse los intereses contrapuestos, cuales son el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda.

Con esta finalidad de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida, se han fijado plazos de uso temporal, valorando las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde uno a tres años, pasando por uso por anualidades alternas o hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales. En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado. (STS de 22 de junio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Rosendo interpone demanda de modificación de medidas definitivas acordadas en un previo procedimiento de divorcio, contra Caridad, en la que solicita se dicte sentencia por la que se acuerde haber lugar a la fijación de custodia compartida de los hijos en común. La demanda es parcialmente estimada, estableciéndose la custodia compartida.

Rosendo interpone recurso de apelación, recurso que es desestimado.

Rosendo interpone recurso de casación, respecto de la atribución del uso de la vivienda familiar a Caridad sin limitación temporal, a pesar de la fijación de la custodia compartida de los dos hijos en común. El recurso es estimado, dado que la vivienda en cuestión es de titularidad de ambos cónyuges y ganancial, Caridad cuenta con capacidad económica suficiente para disponer de otra vivienda y que el interés superior del hijo menor (garantizarle su vivienda) se encuentra cubierto con la custodia compartida y con las posibilidades económicas de ambos progenitores. (T. R. C.)

29. Liquidación de la sociedad de gananciales.—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, procede el derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y financiación de un bien ganancial, de conformidad con el artículo 1358 CC. El derecho de reembolso se origina con independencia de la ausencia de reserva en el momento de la adquisición, en aras del reequilibrio entre las masas patrimoniales de los cónyuges, salvo exclusión expresa. (STS de 28 de junio de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El presente asunto enjuicia el derecho de reembolso a favor de un cónyuge por el importe del dinero privativo empleado en la compra de una vivienda ganancial. Tras el divorcio de las partes, se suscitó controversia respecto de la inclusión en el pasivo de un crédito a favor del cónyuge por el dinero que, procedente de la venta de una vivienda privativa, empleó en la adquisición de la vivienda familiar, incluida en el activo como ganancial.

El Juzgado de Primera Instancia indicó que, aun habiendo acreditado la adquisición con dinero privativo, ambos cónyuges manifestaron libremente la adquisición de la finca para su sociedad conyugal, sin hacer reserva alguna sobre el carácter parcialmente privativo del dinero invertido en orden a un hipotético resarcimiento futuro. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el cónyuge, en atención a que la vivienda tenía carácter ganancial y que el apelante no dejó constancia de su voluntad de que el importe obtenido de la venta de su vivienda privativa fuera aplicado para la compra de un inmueble, al que ambos cónyuges atribuyen el carácter de ganancial.

NOTA.—El Tribunal Supremo, de conformidad con su doctrina jurisprudencial consolidada, indica que el derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial procede, por aplicación del artículo 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Aprecia como elementos fácticos para el enjuiciamiento de esta

cuestión la proximidad temporal entre la venta del inmueble, que era propiedad del cónyuge, y la fecha de la compra y los pagos, así como la coincidencia entre las cantidades obtenidas en la venta y las empleadas en la adquisición, junto con la diversa capacidad económica de los cónyuges. Por ello, la Sala Primera considera que, una vez ingresado el dinero privativo en una cuenta conjunta, salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente, pues el mero ingreso en una cuenta de titularidad compartida no lo convierte en ganancial. (C. A. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

30. Acciones que puede ejercitar una hija, que recibió en vida del padre una donación insuficiente para cubrir su legítima, contra sus hermanas, que recibieron unas donaciones de valor superior a su legítima, y que, tras el fallecimiento del padre, renuncian a la herencia.—Resulta compatible que varias personas sean llamadas solidariamente a la herencia de un padre en virtud de su testamento con, además, la ostentación de la condición de legitimarias. La posible renuncia a la herencia del padre comprende también la renuncia a la legítima.

En caso de que el padre carezca de bienes en el momento de su fallecimiento, los herederos testamentarios nada pueden recibir en virtud de tal condición. Por su parte, los legitimarios, en cambio, sí disponen de acciones para reclamar lo que le corresponde por legítima. Ello siempre conforme al régimen jurídico propio de cada acción.

Para determinar si los legitimarios han recibido lo que les corresponde, primero hay que calcular la legítima, conforme al artículo 818 del CC (*computación*), que ordena agregar al valor líquido de los bienes que queden a la muerte del testador las donaciones que efectuó (todas las donaciones, también las efectuadas a favor de legitimarios que renuncian a la herencia). Se trata de una operación puramente contable, que permite calcular el valor cuantitativo de la legítima global y de la parte disponible, así como las legítimas individuales (y, en su caso, la porción en que cabe mejorar). Aquí es relevante la renuncia de alguno de los herederos porque su parte se expande a los demás.

A continuación, es preciso proceder a la *imputación*, es decir, a «colocar», «cargar» o «imputar» las diferentes atribuciones en cada una de las porciones (en la parte libre o en la parte de legítima).

La renuncia impide al legitimario recibir lo que le correspondería por legítima al amparo del título sucesorio al que renuncia, pero carece de efecto respecto de otras atribuciones (por ejemplo, respecto de donaciones recibidas en vida del padre). Ello es así, aunque las donaciones se hayan recibido como anticipo de la legítima. La eficacia de las donaciones solo se ve perjudicada si son inoficiosas.

A la vista de los antecedentes de la norma y de la interpretación del sistema (arts. 814, 815, 817, 819, 820.1.^a, 851 CC), aun cuando el artículo 815 CC

expresamente no lo dice, doctrina y jurisprudencia entienden que el legitimario que no haya visto colmada su parte de legítima puede: en primer lugar, aminorar el contenido económico del título de heredero (acción de suplemento o de complemento); en su defecto, los legados (acción de reducción de legados); y, en último lugar, las donaciones (acción de reducción de donaciones).

La acción de suplemento, por tanto, necesariamente debe dirigirse contra los herederos (o contra la comunidad hereditaria antes de la partición).

Ante la renuncia a la herencia de todos los herederos menos uno (cual es el que recibió por donación una cantidad insuficiente para cubrir su legítima), la acción de suplemento no puede prosperar. Esto es, como consecuencia de la repudiación de la herencia, el resto de las personas llamadas a la herencia no han sido nunca herederas (art. 989 CC). Ello con independencia de que, además, no habiendo caudal relicto, no hubiera podido obtener nada para completar y cubrir su legítima.

En ausencia de legados, lo procedente es el ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas.

El ejercicio de la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad está sometido a un plazo de caducidad de cinco años, que debe computarse desde el fallecimiento del causante. (**STS de 21 de junio de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Gloria interpone demanda de juicio ordinario contra sus hermanas, Victoria y Marta, en la que solicita que estas le abonen una cantidad determinada en concepto de complemento de legítima. La demanda es parcialmente estimada, dado que el juzgado consideró que para cubrir la legítima estricta a la demandante le faltaban por percibir 25.293,26 €, cantidad coincidente con la última petición subsidiaria de la demandante.

La sentencia de primera instancia es recurrida en apelación por Gloria. Las demandadas, al oponerse al recurso de apelación, impugnaron la sentencia de primera instancia. El recurso es desestimado. La impugnación es estimada. La Audiencia razona que las demandadas no están legitimadas pasivamente para soportar la acción de complemento de la legítima porque no aceptaron la herencia.

Gloria interpone recurso de casación, que es desestimado. Gloria no ejercita la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad, que es la única que hubiera podido prosperar en este caso, dado la renuncia a la herencia de las otras dos hermanas y la inexistencia de legados. (*T. R. C.*)

