

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

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

Colaboran: **Cristina ARGELICH COMELLES** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos CASTELLS SOMOZA** (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Profesor titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN** (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **José 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), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ** (Doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), **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. Abuso de derecho. Requisitos.–De acuerdo con la jurisprudencia actual (STS 690/2012, de 21 de noviembre y STS 137/2021, de 11 de marzo), los requisitos condicionantes para la apreciación de la existencia

de abuso del derecho son los siguientes: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con *animus nocendi*), o en forma objetiva, es decir, el ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a sus fines económico-sociales (en el mismo sentido, STS 455/2001, de 16 de mayo y STS 722/2010, de 10 de noviembre).

Inexistencia de ejercicio abusivo cuando se ejercita un legítimo derecho basado en una norma legal: principio de que quien usa de su derecho a nadie perjudica.—La regla *qui iure suo utitur neminem laedit* ampara a quien, fundado en la existencia de una norma que le reconoce un derecho subjetivo, ejercita el mismo a fin de materializar su contenido. Por ello, no puede considerarse que el demandado, al hacer valer su derecho a exigir el cumplimiento de lo pactado y el sometimiento del edificio al régimen jurídico convenido, concorde con la unidad estructural del edificio y lo pactado expresamente por las partes, hayan incurrido en las conductas vedadas por el artículo 7.2 CC, de manera tal que su comportamiento devenga antisocial o inmoral o hayan actuado con el ánimo de dañar, o movidos por la intención de perjudicar a los demandados sin obtención de ventaja alguna para su posición o intereses jurídicos. En el caso, el demandado se opone a lo que considera ilegal, por lo que utiliza una causa justa, en tanto habiendo sido anulada la segregación del terreno sobre el que luego se construyó, la venta de la parcela en cuestión no alteraría su calificación urbanística (como suelo o espacio destinado a zonas verdes y deportivas), ni podría, por ende, acceder al Registro de la Propiedad como parcela edificable. (STS de 21 de septiembre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios demandante se formó mediante la construcción de 42 chalets unifamiliares con espacios comunes, entre los que quedó una parcela que, de acuerdo con la inscripción registral, fue destinada a jardines y zonas deportivas de las 42 viviendas y parcela de pozo privado propiedad de la entidad promotora. Esta última segregó posteriormente 250 mts cuadrados de la parcela del pozo y la transmitió a una sociedad, la cual también la enajenó a A y E, quienes construyeron una vivienda sobre dicha superficie. La comunidad de propietarios impugnó judicialmente la segregación llevada a cabo por la antigua promotora, la cual fue anulada por sentencia en la que se declaró la nulidad de la segregación y de las ventas posteriores de la superficie segregada, estableciéndose asimismo el carácter común de dicho terreno y que, urbanísticamente, seguía formando parte de la zona deportiva. A fin de resolver el conflicto planteado por la existencia de una vivienda, construida de buena fe por los últimos adquirentes, la Comunidad se planteó la tasación y venta de dicho terreno a A. y E, a lo que se opuso el demandado, al considerar que la normativa urbanística no amparaba las licencias de edificación concedidas para la construcción de tal vivienda. Lo cierto es que, entre 2009 y 2016, se celebraron hasta seis juntas de propietarios con el fin de resolver el conflicto mediante la desafección de la porción de terreno segregado y su venta a los constructores de buena fe, sin que nunca se pudiera obte-

ner la unanimidad necesaria, al oponerse en todos los casos el propietario luego demandado. En 2017 la junta de propietarios adopta el acuerdo de demandar a este comunero al considerar que está llevando a cabo un ejercicio abusivo de su derecho, por entender que la permanente oposición del demandado no le generaba ninguna utilidad y provocaba un daño a la Comunidad. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

2. Buena fe en el ejercicio de los derechos. Compraventa de participaciones. Alegación y prueba del derecho extranjero. Cuestión previa: Identificación de las sociedades que intervienen en este procedimiento.—Antes de comenzar la exposición de los motivos de los recursos, con objeto de facilitar la exposición y comprensión de esta resolución, se reseña a continuación los datos relevantes de las sociedades que intervienen como partes en este procedimiento:

a) Rsquared Hong Kong Limited, de nacionalidad hongkonesa. Su capital social es titularidad de la sociedad española Cliva S. A.

b) Great China City Plaza Hong Kong Limited, de nacionalidad hongkonesa. Su capital social es titularidad de la sociedad española FL Group, S. L. (antes denominada Bayler Develops, S. L.).

c) Dos mil doscientos uno, S. L., es la sociedad titular del 100 % del capital social de Bayler.

d) Quantum Property Limited, de nacionalidad mauriciana.

e) Quantum Property Limited (Chongqing) de nacionalidad china, gestora de la promoción inmobiliaria.

f) Jiyuan Jiankun Property Limited, de nacionalidad china, cuyo objeto social es la promoción inmobiliaria en la ciudad de Jiyuan (China).

g) Cliva, S. A, de nacionalidad española.

Recurso extraordinario por infracción procesal.—El motivo se formula al amparo del artículo 469.1.1.º LEC, por infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional. En su desarrollo se reitera que la jurisdicción española no es la competente, por serlo de la competencia exclusiva de los Tribunales de la República Popular China. El óbice de inadmisibilidad alegado por las recurridas no puede ser estimado. El motivo identifica con claridad las normas de la LEC y LOPJ. Pero con la cita del artículo 24 CE se impugna la quiebra del derecho al juez ordinario. En un caso como el presente, no resulta censurable que el motivo se haya canalizado en su integridad por el cauce del ordinal 1.º del artículo 469.1 LEC, sin necesidad de articular del artículo 24 CE a través de un motivo separado, y por el ordinal 4.º de ese precepto que, por su carácter más genérico, es apropiado para aquellas cuestiones que no encuentran encaje en los anteriores. Según la STS núm. 972, de 17 septiembre 2007, la invocación de la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva es excesivamente genérica, lo que no puede tener encaje en un motivo casacional, a menos que en él se trate de infracciones procesales concretas.

Determinación de la jurisdicción competente.—Conforme al artículo 36.1 LEC, «la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte».

El apartado 2 impone a los tribunales españoles abstenerse de conocer los asuntos que se le sometan, entre otros casos, «cuando en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado». Este precepto reenvía al régimen establecido en los artículos 21 y 22 LOPJ, en su redacción original, vigente en la fecha de interposición de la demanda.

El artículo 21 LOPJ establecía: 1) Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros, y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2) Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público.

Por su parte el artículo 22.1.º LOPJ establecía «foros exclusivos» referidos a: derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España; constitución, validez, o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como los acuerdos y decisiones de sus órganos; validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español; inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a depósito o registro cuando se hubiere solicitado en España el depósito o registro; y reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero. En el artículo 22.2 también atribuía la competencia, en el orden civil, a los tribunales españoles «con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado cuando tenga su domicilio en España». En las modificaciones posteriores de la ley se mantiene dicha regla de los tribunales españoles «cuando las partes con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos». Los contratos de compraventa de participaciones sociales de la litis contenían una cláusula de sumisión a nuestros tribunales (cláusula 9).

La cuestión relativa a la competencia de los Tribunales españoles dio lugar a la declinatoria, al existir un pacto de sumisión entre las partes, lo que condujo al enjuiciamiento y resolución de la demanda y de la apelación en los Tribunales de instancia. Puede admitirse que la compraventa de participaciones moviliza recursos de las actoras al proyecto conjunto en China, pero no que el objeto del litigio verse sobre el cumplimiento de un contrato de Joint Venture, contrato al cual hace expresa referencia el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil de la República Popular China. En cualquier caso, como alegan las actoras apeladas, no consta que tal contrato de *Joint Venture* haya entrado en vigor, al no constar que haya sido aprobado por las autoridades chinas. Por otro lado, las partes establecieron en su estipulación 9.ª una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de la ciudad de Barcelona.

Las objeciones de las recurrentes a la validez del pacto de sumisión carecen de fundamento por los siguientes motivos: 1.º) El artículo 22.2.º LOPJ, en la redacción aplicable al caso expresamente prevé la posibilidad de dicha sumisión. 2.º) El Tratado entre el Reino de España y la República Popular China de 2 mayo 1992, en particular su artículo 21, no contiene ninguna disposición contradictoria o incompatible, pues (a) no contiene una reserva de fueros exclusivos (estos, en principio, imperativos no facultativos); (b) su objeto es determinar la competencia jurisdiccional de los tribunales de los dos Estados signatarios a los efectos del reconocimiento y ejecución de decisiones

judiciales y laudos arbitrales, y para ello fija conexiones razonables, y entre ellas figura además del domicilio o residencia del demandado o la existencia de establecimiento representativo, los acuerdos de sumisión (art. 21.1), acuerdos que en el presente caso existen a favor de los tribunales españoles; y (c) en el caso no todas las sociedades demandadas tienen su domicilio en China; en concreto la acción se dirige, en cuanto a la pretensión principal, contra Quantum que fue la vendedora de las participaciones sociales en el contrato de cuya resolución se debate (además, de las cuatro sociedades demandantes, dos son españolas y domiciliadas en España, y otras dos son hongkonesas). Resultando paradójico que se considere contrario a una norma internacionalmente imperativa china la resolución de un contrato cuya causa resolutoria es precisamente la falta de aprobación del contrato por las autoridades chinas. También el artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis autoriza a las partes a elegir libremente el foro.

Tampoco desvirtúa la conclusión anterior la alegación de foro exorbitante. Las razones por las que las partes pueden desear someterse a la jurisdicción de los tribunales de un concreto Estado (tribunales ajenos «neutrales») pueden ser muy variadas, y los casos de *derogatio fori* han sido admitidos por la Sala Primera (STS 322/2012). Además el pleito presenta una estrecha conexión con España, en concreto con Barcelona, según se desprende de los siguientes datos: (i) La socia única de Rsquared es la sociedad española Cliva; (ii) Great China también está participada por las mercantiles españolas FL Group China y dos mil doscientos uno, (iii) La codemandada Quantum, si bien es una sociedad con nacionalidad de las Islas Mauricio, es administrada por el empresario español Sr. Vidal; (iv) Chongqing es una mercantil de nacionalidad china que también es administrada por el Sr. Vidal; (v) Jiyuan también es administrada por el Sr. Vidal; (vi) los Acuerdos Marco de inversión y adendas, se suscribieron en Barcelona, y en esos Acuerdos se pactó que «el presente contrato se regirá por la ley común española»; y (vii) al menos algunas de las Juntas de socios de Jiyuan, con asistencia del Sr. Vidal, como representante de Quantum y Chongqing, se celebraron en la ciudad de Barcelona. En consecuencia, el recurso debe ser desestimado.

Recurso de casación: Admisibilidad: Alegación y prueba del Derecho extranjero: Planteamiento de una cuestión nueva.—El artículo 281.2 LEC establece la necesidad de que el Derecho extranjero sea probado en lo que respecta a su contenido y vigencia. Así la STS 198/2015, de 20 mayo declaró: (i) El tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto (art. 12.6 CC) que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española (art. 12.1 CC). (ii) Como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no solo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, si bien de acuerdo con el principio de adquisición, la LEC no pone la prueba a cargo de «la persona que invoque el derecho extranjero». (iii) Si de acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el Derecho extranjero, la exigencia de prueba del mismo no lo transforma, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho. Lo que trae diversas consecuencias: La

primera, que la infracción del Derecho extranjero es apta para fundar un recurso de casación. La segunda, que aquí nos interesa, que el tribunal no queda constreñido, como en la prueba de hecho en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Así lo permite el último inciso final del artículo 281.2 LEC; por ej. se facilita admitir prueba sobre Derecho extranjero propuesta en segunda instancia o incluso en casación (STS núm. 528/2014, de 14 octubre); pero no es admisible que mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa. (iv) El empleo de los medios de averiguación del Der. extranjero es una facultad, pero no una obligación del tribunal. (v) La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero es la aplicación del Derecho español.

En este caso, los documentos e informes aportados por las partes sobre el Derecho chino y hongkonés podrán ser tenidos en cuenta por el Tribunal en los términos expuestos. La práctica de la correspondiente prueba se ha realizado en la instancia y ahora solo procede pronunciarse sobre si su aplicación ha sido correcta.

Con carácter general la valoración de las pruebas periciales es función soberana y exclusiva de los Tribunales de instancia, sin que sea revisable en este recurso extraordinario, salvo que se conculque el artículo 24.1 CE por incurriéndose en error de hecho palmario, o se desconozcan o falseen las conclusiones del perito. La STS 460/2016, de 5 julio, recoge una reiterada jurisprudencia en el sentido de que, como no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ni las reglas de la sana crítica están catalogadas o predeterminadas, la conclusión es que, en principio, existe la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional. Excepcionalmente cabrá la revisión cuando en los informes de los peritos o en la valoración judicial se aprecie un error patente, ostensible o notorio, cuando se extraigan conclusiones contrarias a datos fácticos evidentes, se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia, se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falseen arbitrariamente sus dictados o se aparten del propio contexto del dictamen pericial.

Pero no cabe en puridad una pericia jurídica sobre la interpretación de las normas, ya que lo que procede es el dictamen sobre su existencia y vigencia; ni la Audiencia Provincial ni este Tribunal Supremo pueden quedar vinculados por la opinión de un experto, pues quien resuelve y falla en Derecho es el Tribunal (art. 117.3 CE) y no el jurisconsulto cuyo criterio se aporta. Esta doctrina está consagrada por el artículo 33.4 de la Ley 29/2015, de 30 julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, conforme al cual, «ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles».

Por ello procede desestimar la primera causa de inadmisión opuesta al motivo.

Validez del pacto de elección de la ley aplicable.—Lo que sí es relevante es el Informe relativo al Derecho chino, en la medida en que el Reglamento Roma I prevé una salvaguardia de las normas internacionalmente imperativas del país que tengan el carácter de «leyes de policía», distinto al de la ley aplicable elegida, que presente vínculos a través de otros elementos de la situación internacional. Los recurrentes han defendido en el proceso que esa

resolución es contraria al artículo 94 de la Ley de Contratos de la República Popular China. Según el informe de experto de Derecho chino (King & Capital Law Firm), la cláusula 6.2 de los contratos de compraventa de participaciones es válida y, al no haberse obtenido la aprobación de las autoridades chinas, conduce a la resolución del contrato. Al no haberse obtenido dicha aprobación, el contrato no ha surtido efecto, lo cual no afecta, sin embargo, a la validez de la cláusula que estipula la obligación de las partes de someter a aprobación o a la validez de las cláusulas relacionadas con dicha obligación. Los adquirentes no podrían requerir al transmitente y/o a la Sociedad que solicitaran las autorizaciones, de modo que el único remedio posible era resolver los contratos y exigir el reembolso del precio o la compensación por las pérdidas sufridas. Y la falta de registro significa que los Contratos no son válidos ante terceros de buena fe y que los adquirentes tienen derecho a resolver el contrato y a exigir el reembolso del precio o la compensación por las pérdidas sufridas.

Sobre el carácter relevante y no accesorio de esas obligaciones y, en consecuencia, la conformidad con el Der. chino (art. 94 Ley de Contratos) de la resolución contractual, la Audiencia, previo examen del informe aportado con la demanda (King & Capital Law Firm), aclara que si bien también son válidos los contratos según la legislación china, como también lo es la cláusula de la condición resolutoria, sin embargo, «es precisa la inscripción, previa autorización de las autoridades administrativas chinas competentes, para que los acuerdos tengan validez y surtan efectos ante terceros, con la consecuencia de que las actoras adquirentes no son oficialmente socios de la sociedad, y nunca podrán transmitir sus participaciones a nadie con posterioridad a los contratos, no valiendo tampoco como garantía financiera». Razones más que suficientes para negar que el incumplimiento de la obligación de obtener las autorizaciones e inscripciones registrales de la c.v. de las participaciones pueda ser calificada como meramente accesorio a fin de privar a tal incumplimiento de eficacia resolutoria.

La anterior conclusión, coincidente con la de la Audiencia, no puede quedar desvirtuada por la valoración del informe del experto aportado por los recurrentes, que no es coincidente con el aportado por las recurridas ni imperativo para el tribunal a quien corresponde el enjuiciamiento de la cuestión, pues «ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles» (art. 33.4 Ley 29/2015, de 30 julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil). En consecuencia, hay que concluir que la elección de la legislación hongkonesa, como ley aplicable al contrato, no infringió las normas de conflicto españolas, y tampoco las normas imperativas chinas respecto de la resolución de los contratos. Por lo que queda descartada la contravención de los arts. 10.5 y 6.2 CC. Finalmente, la referencia que se hace en el encabezamiento del motivo al artículo 12.1 CC, después no se desarrolla en la exposición de los fundamentos del motivo. Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

El segundo motivo del recurso denuncia la vulneración de los artículos 3.1, 7.1, y 7.2 CC y la doctrina jurisprudencial de los actos propios por indebida resolución del contrato de transmisión de participaciones.

La doctrina jurisprudencial sobre el principio de la buena fe y el abuso del derecho se basa en el artículo 7 CC que establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión

que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. La consagración de este principio determina que adquiera un efecto dinamizador sobre el ordenamiento en su conjunto. Constituye una manifestación normativa de protección general contra la mala fe, que se entroncaba históricamente con la llamada *exceptio doli*, propia del derecho romano, concebida como mecanismo de defensa contra la *actio* ejercitada dolosamente. La doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de supuestos típicos, que encierran un desleal ejercicio de los derechos subjetivos al margen de los postulados de la buena fe, en tanto en cuanto la misma veda ir en contra de los actos propios, es incompatible con el retraso desleal en el ejercicio de los derechos, es contraria 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, o 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 despreció o no cabe imputar a otro una conducta en la que la propia parte ha incurrido, entre otras manifestaciones al respecto.

Nuestro TC, ya en las primeras sentencias (como la STC 120/1983, de 15 diciembre, y la STC 6/1988, de 21 enero) ha reconocido la virtualidad de dicho principio en el ejercicio de los derechos fundamentales; o más recientemente, las SSTC 60/2017, de 22 mayo y 165/2020, de 16 noviembre, reconocen que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE se debe ejercitar también con sujeción al principio de la buena fe.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de la misma manera valora que, en el ejercicio de los derechos fundamentales, se haya actuado con sujeción al principio de la buena fe (por ejemplo, en STEDH de 29 julio 2008, caso Flux contra Moldavia, § 29).

En definitiva, actuar conforme a los requerimientos derivados de la buena fe, dentro de los cuales se podría incluir no 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.

Aplicando la jurisprudencia anterior al caso: 1) No concurren los elementos exigidos por la jurisprudencia para considerar vulneradas las exigencias del principio de la buena fe ni infringida la proscripción del abuso del derecho; 2) Las recurrentes han tratado de defender su tesis con base en las siguientes alegaciones: (i) la autorización de la transmisión de las participaciones por las autoridades chinas se obtuvo en forma verbal; (ii) falta de colaboración por parte de las demandantes en los trámites para lograr la autorización administrativa y la inscripción registral; (iii) el retraso en obtener la inscripción, además de por esa falta de colaboración, se produjo por un conflicto judicial con una de las sociedades del grupo, y por causas ajenas a la voluntad de las demandadas; (iv) la prioridad de los demandantes fue siempre el proyecto inmobiliario y no la inscripción registral, que no es constitutiva de la transmisión. A lo anterior las recurrentes añaden que se produce una vulneración de la doctrina de los actos propios. El núcleo del motivo

queda centrado en si el comportamiento de las actoras en cuanto que tenían fijada su atención prioritaria en el proyecto de inversión y no en los trámites de autorización y registro, por un lado, y en cuanto que continuaron participando en la vida societaria, ejerciendo sus derechos de asistencia, voto e información en las sucesivas juntas, por otro, constituye o no una conducta que deslegitima, conforme a los principios de los actos propios y al principio de la buena fe, su pretensión posterior de resolver el contrato. La cuestión fue planteada con amplitud y acierto en ambas instancias. Como afirmó la STS 198/2015, de 20 mayo y reiteró la STS 554/2021, de 20 julio, la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español, como ocurre en este caso.

La sentencia de la Audiencia afirma que la doctrina de los actos propios se admite tanto en derecho chino como en el hongkonés, según los informes de los expertos. Pero en cualquier caso es aplicable el Derecho español. De la relación de hechos probados no cabe colegir que las demandantes hubieran renunciado de forma expresa o tácita a la facultad de resolución de los contratos. La jurisprudencia ha declarado que la renuncia expresa o tácita «ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos». Es más, lo que resulta de los antecedentes de hecho es, más bien, lo contrario, esto es, el interés patente en la obtención de las necesarias autorizaciones e inscripciones registrales, ante las consecuencias negativas para la posición jurídica de las compradoras. Así la concesión por las demandantes de dos prórrogas a las fechas pactadas para el cumplimiento de la obligación de conseguir las autorizaciones e inscripciones, respecto de la inicialmente pactada, debe interpretarse en sentido contrario al postulado en el recurso, es decir, como un elemento de flexibilidad y deseo de conservación de la relación jurídica, aplazando la efectividad del efecto resolutorio, pero manteniendo la condición de resolución pactada. Lo que se acordó fueron prórrogas del plazo de cumplimiento, no la dispensa o exoneración de la obligación, ni la renuncia de la facultad resolutoria.

Así, la facultad de resolver los contratos de compraventa de participaciones aparece en la cláusula 6.2 sin límite temporal para hacerla valer, y para el supuesto de falta de aprobación de la transmisión por las correspondientes autoridades. La sentencia impugnada hace una detallada relación de los intercambios de comunicaciones entre el representante de las demandantes (Sr. Marino) y el de las demandadas (Sr. Vidal), manifestando el interés de las compradoras en obtener la inscripción.

Por todo ello se concluye que, dado que en la instancia quedó fijado como hechos acreditados que las autorizaciones no se habían obtenido y que tampoco había tenido lugar la inscripción registral de las participaciones adquiridas, las actoras podían hacer uso de su derecho a ejercitar la facultad resolutoria del contrato y, en consecuencia, reclamar la devolución del precio y la correspondiente indemnización por daños, conforme a lo pactado, sin por ello vulnerar el principio de la buena fe, ni la doctrina de los actos propios, ni incurrir en un retraso desleal o abuso del derecho, pues lejos de infundir una confianza legítima en una supuesta renuncia a dicha facultad, desde julio de 2012 vinieron realizando sucesivos requerimientos extrajudiciales de información y de cumplimiento, de manera reiterada en el tiempo, antes de interponer la demanda que inició este procedimiento.

Todo lo anterior conduce al perecimiento del motivo y, por tanto, a la desestimación del recurso.

De acuerdo con el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la LEC, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente. Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la DA 15.^a, apartado 9, LOPJ. (**STS de 27 de julio de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.] (*G. G. C.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Interpretación de los requisitos establecidos por la Ley del Registro Civil de 1957 para el cambio de apellidos.—El cambio de apellido regulado en los artículos 57 y 58 de la LRC de 1957 se puede llevar a efecto mediante la agregación de un apellido a otro.

Esta posibilidad es poco propicia en los casos de cambios de apellidos indecorosos o deshonorosos. Sin embargo, la agregación es un mecanismo normativo más idóneo y previsto sin salvedades para la finalidad pretendida de la conservación de un apellido español en riesgo de desaparecer, aun cuando sea cierto que un apellido compuesto no es idéntico a uno individual; no obstante de tal forma se puede conservar en el tráfico jurídico identificativo. A más abundamiento, el artículo 57.2 de la LRC de 1957 prevé expresamente tal procedimiento como legítimo vehículo normativo para conservar un apellido en trance de desaparición.

El artículo 57, apartado segundo, de la LRC de 1957 exige como requisito para el cambio de apellidos que «el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario». Este requisito se cumple si el apellido que se pretende unir o incorporar pertenece a la familia de la persona peticionaria. Por tanto, el apellido pertenece legítimamente al peticionario si resulta posible acreditar que figura en la inscripción de nacimiento de alguno de sus ascendientes.

En este contexto, la conservación de un apellido español en riesgo de extinción puede ser considerada como justa causa para el cambio de apellidos, cambio consistente en la unión del apellido que se pretende proteger a otro. (**STS de 27 de septiembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los cónyuges Teodoro y Casilda presentan solicitud ante el Registro Civil para el cambio del primer apellido de su hija Elisenda, nacida en 2015, cuando contaba con tres días de edad. La pretensión consiste en agregar al primer apellido del padre su segundo apellido, José María. La razón para ello es que el apellido «José María», que es de origen español, con una antigüedad comprobada superior a los 300 años, corre un evidente riesgo de desaparición. La Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) denegó la petición.

Teodoro y Casilda interponen demanda de juicio ordinario contra la DGRN, solicitando la estimación del cambio de los apellidos de la hija de ambos. La demanda es desestimada, sobre la base de la interpretación restrictiva que merecen las normas que

rigen la alteración de apellidos, al cumplir una función identificadora de orden público.

Teodoro y Casilda recurren en apelación, recurso que es nuevamente desestimado. La Audiencia afirma que, en este supuesto, el segundo apellido del padre no pertenece legítimamente a la menor, incumpléndose así el requisito que se exige para que pueda ser admitida la modificación de apellidos que se pretende, debiendo ser el progenitor el que, en su caso, altere el orden de sus apellidos.

Teodoro y Casilda interponen recurso de casación. El recurso es estimado sobre la base de que no constituye un obstáculo legal insuperable para el cambio de apellidos el pretender unir un apellido (José María) a otro, puesto que la agregación de apellidos se encuentra expresamente contemplada en el artículo 206 RRC como instrumento legítimo de tal cambio. (T. R. C.)

4. Menores de edad extranjeros no acompañados.– Vulneración del derecho del menor a preservar su identidad y estado civil (art. 8 de la Convención sobre los derechos del niño), vinculados a la fecha de su nacimiento, y del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), por dudarse de documentación extranjera no invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron y que no presenta signos de manipulación.–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, sin realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se cuestiona la fiabilidad de la documentación (SSTS, de Pleno, 453/2014, de 23 de septiembre, 507/2015, de 22 de septiembre, 720/2016, de 1 de diciembre, 307/2020, de 16 de julio, y 357/2021, de 24 de mayo, entre otras).

Las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta signos de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su minoría de edad (SSTS 307/2020, de 16 de junio, y 357/2021, de 24 de mayo). Cabe acudir a un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales para que se tenga a un menor como tal, porque su edad tiene trascendencia a la hora de fijar su identidad y estado civil, que constituyen un derecho básico de los niños, de acuerdo con el artículo 8 de la Convención sobre los derechos del niño. No estimar fiables los documentos extranjeros 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 a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), y es incompatible con el compromiso de respetar los derechos reconocidos en la Convención, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma o el origen nacional, étnico o social (art. 2.1 de la Convención). (STS de 20 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–Un extranjero que no disponía de pasaporte, pero sí de acta de nacimiento, certificado judicial de nacimiento, tarjeta de identidad consular y certificado de identidad consular de Guinea, ini-

ció en 2018 un procedimiento de tutela de derechos fundamentales para que se reconociese la minoría de edad que se desprendía de tal documentación y, en consecuencia, fuera tutelado dentro del sistema de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma de Madrid. Alegó que se había producido una vulneración de sus derechos por el decreto de edad dictado por el Ministerio Fiscal, que le atribuyó una fecha distinta de nacimiento, el año 1997, prescindiendo de aquella documentación que no había sido impugnada, en atención a su apariencia física y a las pruebas de determinación de la edad practicadas por las instituciones sanitarias de acuerdo con el art. 35.3 de la LO 4/2000. El Ministerio Fiscal se opuso alegando la falta de fiabilidad de los documentos. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pronunciamiento que sería revocado por la Audiencia Provincial. El demandante presentó recurso de casación, al que no se opuso el Ministerio Fiscal, por infracción del artículo 35.3 de la LO 4/2000 y del artículo 190.2 del Real Decreto 557/2011, que lo desarrolla. El Tribunal Supremo estimó el recurso. (*F. S. N.*)

5. Medidas de apoyo a personas con discapacidad y autocuratelya.—Aunque el Código Civil admite que una persona haga disposiciones para el caso de su eventual discapacidad, incluida la designación de quién deberá prestarle apoyos, también se permite al Juez prescindir total o parcialmente de ellas cuando concurren circunstancias que lo justifiquen. Sin embargo, el debido respeto a la autonomía de la voluntad y al derecho de autodeterminación de las personas con discapacidad, que constituyen el núcleo de la Ley 8/2021, exige que esta decisión se justifique adecuadamente por la concurrencia de circunstancias graves desconocidas para quien las estableció o por la alteración de las causas que influyeron en las disposiciones. (**STS de 19 de octubre de 2021**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—X es madre de seis hijos, divididos en dos bloques enfrentados (A, B y C, de un lado, y D, E y F, de otro). Después de que el Ministerio Fiscal, a instancias del segundo bloque, iniciase un juicio especial para modificar su capacidad, la demandada otorgó testamento notarial abierto en el que dispuso que, en caso de necesitar asistencia, deseaba que esta fuera desempeñada por A, en su defecto por B y, en último término, por C, excluyendo expresamente a sus otros hijos y a cualquier asociación u organización pública o privada.

El Juzgado de Primera Instancia acordó modificar la capacidad de X y designó tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. Tanto X como A, B y C interpusieron sendos recursos de alzada discutiendo, no ya la incapacitación, sino la designación de un tutor institucional. La Audiencia Provincial acordó revocar el nombramiento, pero, dado que los hijos están enfrentados, decidió constituir tutores mancomunados a un hijo de cada bloque (B y D). De nuevo, X y A, B y C interpusieron sendos recursos por infracción procesal sustentados en la falta de motivación, que fueron estimados por el Tribunal Supremo. Devueltas las actuaciones a la Audiencia Provincial, dictó un nuevo pronunciamiento sustancialmente igual al anterior.

Tanto X como A, B y C interponen recurso extraordinario por infracción procesal, de nuevo por falta de motivación. El Tribunal Supremo razona que, aunque el Juez puede alterar el orden o incluso prescindir de los designados por una persona como tutores/curadores para el caso de discapacidad, tal posibilidad solo se admite cuando las circunstancias lo justifiquen y la motivación sea suficiente, y concluye que la Audiencia Provincial de nuevo ha incumplido este deber. Asimismo, X y A, B y C también interponen recursos de casación por infracción de los artículos 234 CC y 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. Nuestro Alto Tribunal subraya la importancia que tiene la voluntad de las personas con discapacidad, sobre todo en la Ley 8/2021, y considera que no había causas legales para prescindir de las disposiciones hechas por X. Por tanto, dado que la Audiencia Provincial no ha motivado su decisión en dos ocasiones, el Tribunal Supremo asume la instancia y nombra a A curadora de X. Al mismo tiempo, la sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por F, que defendía una tutela institucional como la constituida en primera instancia, pues no hay razones para no dar prevalencia a la voluntad de la persona con discapacidad.

NOTA.—La Ley 8/2021 ha establecido un sistema que garantiza el respeto a los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, tal como recoge en su Exposición de Motivos y afirma la sentencia extractada (uniéndose a las SSTS 269/2021, de 6 de mayo, y 589/2021, de 8 de septiembre), lo que supone un avance más en la adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, en el caso analizado la reforma no supone un cambio significativo: ya bajo la normativa anterior se contemplaba la posibilidad de otorgar disposiciones para el caso de una eventual discapacidad y la STS 504/2012, de 17 de julio, estableció que el Juez solo podía contrariarlas de forma excepcional y adecuadamente motivada, sin que la existencia de un mero conflicto entre hermanos sea razón suficiente para ignorar aquellas disposiciones si de él no se deriva un perjuicio al interés del progenitor con discapacidad (STS 635/2015, de 19 de noviembre). La principal diferencia es que bajo la antigua normativa la alteración se justificaba por el interés superior de la persona con discapacidad (STS 341/2014, de 1 de julio), mientras que actualmente la modificación de las disposiciones de autotutela se permite cuando, tras reconstruir la voluntad de la persona con discapacidad en función de circunstancias que desconocía o que han acontecido tras otorgarlas, resulte que no habría querido aquello que dispuso. (C. C. S.)

6. Publicación de datos sobre solvencia en ficheros.—El fichero de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), aunque procese datos que tienen relación con la solvencia, no es propiamente un registro de morosos de los regulados en los artículos 29.2 LO 15/1999 y 20 LO 3/2018. El fichero de la FIRBE recoge los riesgos asociados a personas y empresas (préstamos o créditos concedidos, avales prestados), sin necesidad de que se encuentren en mora. Es posible que contenga informaciones

sobre la existencia de incumplimientos de obligaciones dinerarias, cuando las mismas se hayan producido, pero no necesariamente toda persona cuyos datos personales se incluyen en tal fichero está asociada a informaciones sobre tales incumplimientos, basta con que sea prestataria, acreditada o fiadora en una operación. Conforme a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, la CIRBE es un servicio público que tiene por finalidad: 1) recabar de las entidades de crédito y otras entidades financieras, datos e informaciones sobre los riesgos de crédito derivados de contratos tales como préstamos, créditos, descuentos, emisiones de valores, contratos de garantía, compromisos relativos a instrumentos financieros, o cualquier otro tipo de negocio jurídico propio de su actividad financiera; 2) facilitar a las entidades declarantes datos necesarios para el ejercicio de su actividad; 3) permitir a las autoridades competentes para la supervisión prudencial de dichas entidades el adecuado ejercicio de sus competencias de supervisión e inspección; 4) contribuir al correcto desarrollo de las restantes funciones que el Banco de España tiene legalmente atribuidas. A tales efectos, tales entidades han de enviar periódicamente al CIRBE los datos sobre las operaciones de esa naturaleza que conciernen y las personas que directa o indirectamente resulten obligadas a ellas.

Las diferencias entre el fichero de la CIRBE y los ficheros de morosos son las siguientes: a) la comunicación de los datos a que se refiere el artículo 60.21 de la Ley 44/2002 al fichero de la CIRBE es una obligación legal, con un contenido fijado directamente por la ley y controlado por el Banco de España, que no puede ser eludida voluntariamente por las entidades de crédito, a diferencia de los ficheros de morosos, en los que no existe obligación legal alguna y los datos se ceden de forma voluntaria por las entidades de crédito o servicios; b) el artículo 61.2.º Ley 44/2002 reconoce solo a las entidades de crédito el derecho a obtener informes sobre los riesgos de las personas físicas o jurídicas registrados en el fichero de la CIRBE. Dicho derecho está condicionado a que la información solicitada venga referida a una persona que mantenga con la entidad solicitante algún tipo de riesgo o haya solicitado a la entidad un préstamo o cualquier otra operación de riesgo, o figure como obligada al pago o garante en documentos cambiarios o de crédito. En los ficheros de solvencia patrimonial no existen estos condicionantes, por lo que la difusión de la información declarada es mayor. En consecuencia, la inclusión de los datos personales en el fichero de la CIRBE tiene para el afectado una repercusión menor que la inclusión en un fichero de titularidad privada.

En relación con la inclusión de datos personales denotativos de una situación de insolvencia en un fichero de morosos, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afecto, pues puede ocurrir que la deuda sea objeto de controversia, porque el titular de los datos considera legítimamente que no debe lo que se le reclama y la cuestión esté sometida a decisión judicial o arbitral. En tales casos, la decisión del acreedor de comunicar los datos personales del cliente a un fichero de morosos constituye, en principio, un método ilegítimo de presión y una intromisión ilegítima en su derecho al honor. Ahora bien, esto no significa que sea necesaria una condena judicial como requisito previo para poder incluir los datos de un deudor en un fichero privado sobre solvencia patrimonial. Esta afirmación es aplicable, con más razón aún, a la comunicación de datos al fichero de la CIRBE. **(STS de 5 de octubre de 2021; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 26 de septiembre de 2007, M y CJ suscribieron con el banco FS un contrato de préstamo de financiación a comprador para la compra de un vehículo. Desde diciembre de 2010, los prestatarios no pudieron hacer frente al pago de las cuotas del préstamo, por lo que el 7 de junio de 2011, el banco financiador y los prestatarios acordaron la resolución del préstamo y la entrega y posterior venta del vehículo financiado. La entrega del vehículo no fue suficiente para cubrir el importe de las cantidades adeudadas por razón del préstamo. En octubre de 2011, FS comunicó a los prestatarios el importe que procedía a descontar tras la venta del vehículo y el nuevo cuadro de amortización. Pese a los requerimientos de pago hechos por FS, los deudores no pagaron las cantidades adeudadas por razón del préstamo. FS interpuso en 2014 una demanda en la que reclamó la cantidad adeudada tras la aplicación de la cantidad en que se valoró el vehículo entregado. Los demandados opusieron la existencia de una dación en pago por la entrega del vehículo. En una fecha no determinada, FS, tras requerir de pago a los prestatarios, comunicó a la CIRBE la existencia de un crédito vencido e impagado, en el que los deudores eran prestatarios. Los prestatarios interpusieron la demanda origen de este proceso el 18 de diciembre de 2017, de protección del honor contra FS, basada en que la comunicación del crédito como fallido a la CIRBE constituyó una intromisión ilegítima en su derecho al honor. Solicitaron la cancelación de los datos incorporados al fichero CIRBE y la condena al pago de una indemnización.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, si bien su sentencia fue revocada posteriormente por la Audiencia Provincial. Ésta partió de la base de que el contrato de financiación fue incumplido por los prestatarios y que existía una deuda real, vencida y exigible, que debía constar en la CIRBE. Los demandantes interpusieron recurso de casación, alegando: 1) la infracción de la doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 18.4 CE; 2) la demandada no ha respetado el principio de calidad de los datos en su comunicación a la CIRBE.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Comienza afirmando que el hecho de que el importe del crédito fallido comunicado en su día por FS a la CIRBE fuera posteriormente minorado por la entrega al banco del vehículo por los prestatarios, no supone un incumplimiento sustancial del principio de calidad de los datos. Según el Tribunal Supremo, lo verdaderamente relevante para que pudiera considerarse infringido el derecho al honor de los demandantes, es que se hubiera comunicado a la CIRBE sus datos personales asociados a datos económicos de los que resultara su condición de morosos, sin serlo realmente. En el presente caso, no existe duda alguna de que los prestatarios incumplieron el contrato de préstamo porque no pudieron hacer frente al pago de las cuotas del préstamo de financiación concertado para la adquisición del vehículo y que, pese a entregar el vehículo financiado al banco acreedor, el crédito no quedó saldado y continuó impagado.

Entiende el Tribunal Supremo que, en este caso, concurren circunstancias que excluyen la existencia de una actuación ilegítima porque: 1) los demandantes incumplieron el contrato de préstamo,

dejando de pagar las cuotas; 2) cuando el banco demandado comunicó al fichero de la CIRBE los datos personales de los demandantes, existía un crédito vencido y exigible que había resultado impagado por los demandantes y que constituía un riesgo que debía ser comunicado al fichero de la CIRBE.

NOTA.—Sobre las diferencias entre el fichero de la CIRBE y los registros de morosos, *vid.* las SSTs de 29 de enero de 2014 y de 1 de marzo de 2016. Y respecto a la inclusión de datos personales denotativos de una situación de insolvencia en un fichero de morosos, *vid.* la STS de 22 de diciembre de 2015. (S. L. M.)

7. Daños derivados de la inclusión indebida en ficheros de morosos.—La inclusión de dato en los registros de morosos es apta para producir los siguientes daños: 1) daños patrimoniales concretos, fácilmente verificables y cuantificable (ej.: el derivado de que el afectado hubiera tenido que pagar un mayor interés por conseguir financiación al estar incluidos sus datos personales en uno de estos registros); 2) daños patrimoniales más difusos pero también reales e indemnizables, como son los derivados de la imposibilidad o dificultad para obtener crédito o contratar servicios (puesto que este tipo de registros está destinado justamente a advertir a los operadores económicos de los incumplimientos de obligaciones dinerarias de las personas cuyos datos han sido incluidos en ellos); 3) daños derivados del desprestigio o deterioro de la imagen de solvencia personal y profesional causados por dicha inclusión en el registro, cuya cuantificación ha de ser necesariamente estimativa.

Las indemnizaciones en estos casos no pueden tener carácter simbólico, pues lo contrario podría dar lugar a un efecto disuasorio inverso. No disuade a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos de persistir en sus prácticas ilícitas, pero sí disuade a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor de entablar una demanda, puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido, sino que es posible que no alcance siquiera a cubrir los gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa. Los criterios a utilizar para fijar la indemnización son: a) la duración de la inclusión de los datos en el fichero de morosos; b) la comunicación de esos datos a diversas empresas asociadas al fichero; c) el resultado negativo de las gestiones realizadas por el afectado para obtener la cancelación de sus datos. Se considera irrelevante a estos efectos: a) la cuantía de la deuda; b) si la inclusión impidió realmente al afectado acceder a créditos o servicios. (STS de 14 de octubre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—J interpuso demanda contra Caja Rural SCC por su inclusión en un fichero de morosos. Solicitó: a) que se declarara que la demandada lo había incluido en un fichero de solvencia patrimonial incumpliendo los requisitos exigidos por la LOPD y que ello constituía una intromisión ilegítima en su derecho al honor; b) que se condenara a la demandada a cancelar la anotación, a indemnizarle por el daño moral y patrimonial, y a pagar los intereses devengados al tipo legal. Caja Rural SCC se opuso a la demanda, alegando que no se produjo tal intromisión porque se cumplieron todos los requisitos legales para la inclusión.

El Juez de Primera Instancia consideró que la inclusión de los datos del demandante en el fichero no respetó lo establecido por los artículos 38 y 39 RD 1720/2007, por lo que constituía una intromisión ilegítima que afectaba al derecho al honor del demandante, debiendo ser indemnizado en la cantidad de 8.000 euros. La demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, reduciendo la indemnización en 2.000 euros. Señaló la Audiencia que no había acreditado el demandante perjuicio económico alguno, ni siquiera difuso, como consecuencia de su inclusión en el fichero, por lo que solo era indemnizable el daño moral. En cuanto a éste, quedó probado: a) que fueron al menos cinco empresas las que accedieron a los datos del demandante; b) que el tiempo en que el demandante permaneció en el registro ascendió a 16 meses; c) que se desconoce cuántas gestiones tuvo que hacer para solventar el problema, pero que, al tiempo de la interposición de la demanda, ya había sido dado de baja en el Registro.

El actor interpuso recurso de casación, por infracción del artículo 9.3 LOPDH y la jurisprudencia que lo interpreta. Según el Tribunal Supremo, ha quedado acreditado: 1) el perjuicio económico; 2) que los datos del demandante fueron consultados por siete entidades, no cinco; 3) que el actor precisó de la protección de los tribunales frente a la intromisión ilegítima en su derecho al honor por parte de Caja Rural SCC. En definitiva, apunta el Tribunal Supremo que la indemnización fijada por la Audiencia Provincial, que reduce de forma significativa la establecida por la sentencia de primera instancia, no se ajusta a lo previsto en el artículo 9.3 LOPDH, dado que la disminuye sin apreciar y valorar adecuadamente las circunstancias relevantes del caso, convirtiendo de forma injustificada una indemnización de justo contenido reparador en una indemnización meramente simbólica. Por tanto, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, confirmando la existencia de la infracción denunciada.

NOTA.—Sobre el perjuicio ocasionado por la inclusión de personas en registros de morosos, *vid.* las SSTs de 7 de noviembre de 2018 y 26 de abril de 2017. Respecto a los efectos negativos de establecer indemnizaciones simbólicas en estos casos, *vid.* las SSTs de 21 de septiembre de 2017, 21 de junio de 2018, 6 de noviembre de 2018, 23 de abril de 2019, 27 de febrero de 2020 y de 9 de septiembre de 2021. (S. L. M.)

8. Conflicto entre derecho al honor y libertad de expresión en el marco del derecho a la defensa.—La acusación de que un juez y un letrado de la administración de justicia han podido cometer los delitos tipificados en los artículos 413 y 416 CP contenida en un escrito de queja ante el CGPJ no es considerada una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes, puesto que dicha imputación se enmarcaba en el derecho de defensa del demandado, tenía una base fáctica y no contenía expresiones vejatorias ni excesivas. Tal como cree la Sala, el derecho a la libertad de expresión ejercido en el marco del derecho a la defensa tiene una vital importancia. Ambos derechos están indefectiblemente conectados pues el segundo no tiene una

efectividad real sin el primero. Así pues, la libertad de expresión en este caso es especialmente resistente, por lo que los abogados pueden emplear expresiones de mayor beligerancia. No obstante, todo derecho es limitado y las expresiones que se usen deben ser proporcionadas, respetuosas con la dignidad del Poder Judicial y no deben resultar ofensivas o insultantes. De cualquier modo, debe admitirse, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, que los jueces en el ejercicio de sus funciones pueden ser objeto de críticas más severas que las del resto de individuos, siempre que estas no sean gratuitas, es decir, que tengan una base fáctica y se dirijan a lograr la tutela solicitada. (STS de 19 de octubre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—El 21 de marzo de 2016 tuvo entrada en el CGPJ un escrito de queja y denuncia formulado por el demandado Alejo en el que ponía de manifiesto las graves dilaciones en la tramitación de sendos recursos de apelación en las que habían incurrido los demandantes, Abel y Ángel Jesús. Uno de ellos había estado extrañado durante varios años. En este escrito Alejo afirmó que los demandantes en el posterior proceso, juez y letrado de la administración de justicia respectivamente, habían ocultado e, incluso, destruido los recursos, lo cual podría ser constitutivo de los delitos tipificados en los artículos 413 y 416 CP.

Abel y Ángel Jesús, considerando estas acusaciones como un ataque a su derecho al honor interpusieron una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tarragona, que la estimó en parte. No obstante, la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por el demandado revocando dicha sentencia.

NOTA.—La interrelación entre el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la defensa y el honor de los individuos ha sido ya objeto de numerosas sentencias. *Vid.* las SSTEDH de 15 de diciembre de 2015 (*Bono c. Francia*), 28 de junio de 2016 (*Radbuljac c. Croacia*) y 12 de febrero de 2019 (*Pais Pires de Lima c. Portugal*). Igualmente, *vid.* STC de 19 de octubre de 2020, y las SSTS de 25 de febrero de 2013 y 21 de septiembre de 2015. (*J. F.–L. M.*)

9. Derechos fundamentales. Colisión entre el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen y libertad de expresión e información. Juicio de ponderación entre ambos derechos: significado.—Como todos los derechos fundamentales, ni el derecho a la propia imagen ni las libertades de información y expresión son derechos absolutos, razón por la cual, cuando entran en colisión entre sí, es necesario un juicio de ponderación adecuado a las circunstancias del caso y a los criterios de la LO 1/1982 según su interpretación jurisprudencial para determinar cuál de ellos debe prevalecer. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

Contenido del juicio de ponderación: condiciones para la prevalencia del interés público de la información sobre el derecho a la imagen de

la persona.—Tal como se afirmó en la STS 252/2021, de 4 de mayo, partiendo de la autonomía del derecho a la propia imagen, el interés de una persona por evitar la difusión de su imagen solo debe ceder ante la existencia de un interés público prevalente o ante la presencia de circunstancias legitimadoras de la intromisión, y en este sentido, la doctrina jurisprudencial también viene declarando que la concurrencia de un interés público prevalente en la opinión o información comunicadas —interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas, que en el caso de la proyección pública de las personas afectadas por la información se reconoce por razones diversas como la actividad política, la profesión, la relación con un importante suceso, la trascendencia económica o la relación social, entre otras circunstancias— es presupuesto común para no revertir en el caso concreto la prevalencia de la que gozan en abstracto las libertades de expresión e información frente a los derechos de la personalidad del artículo 18.1 de la Constitución.

Otro presupuesto común para que el ejercicio de ambas libertades fundamentales pueda legitimar la intromisión es la proporcionalidad en la comunicación de las opiniones o noticias, pues ni la libertad de información ni la de expresión amparan la vejación o el insulto (en este sentido, la STS 384/2020, de 1 de julio). En cuanto al requisito de la veracidad, solo exigible cuando se trata del ejercicio de la libertad de información, la jurisprudencia puntualiza que cuando resulta afectada la imagen su relevancia es mínima o de menor trascendencia (STS 518/2012, y STS 471/2011), pues la veracidad es inmanente a la imagen divulgada salvo que se pruebe que ha sido manipulada (STS 446/2017, con cita de las SSTs 625/2012, de 24 de julio; 547/2011, de 20 de julio; y 92/2011, de 25 de febrero).

Utilización de fotografía correspondiente a la ficha policial del actor. Prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen.—La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión (STS 19 de marzo de 1990). Desde el punto de vista del peso abstracto de los derechos fundamentales que entran en colisión, el derecho a la información y el derecho a la propia imagen, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el primero sobre el segundo y que, además, alcanza su máximo nivel de libertad cuando, como ocurre en el presente caso, es ejercitado por los profesionales de la información, a través de la prensa. Por su parte, desde el punto de vista de su peso relativo la prevalencia en el caso del derecho a la información sobre el derecho a la propia imagen se pone de manifiesto en que el artículo en el que aparecía la fotografía litigiosa ofrecía información sobre un tema de un incuestionable interés periodístico y, también, que el hecho de que, más que informar en sí sobre la «Trama Gurtel», se viniera a informar sobre un libro que trataba de la misma, o incluso a promocionar este, no privaba de interés público a la información ofrecida. Además, el artículo no era excesivo ni tendencioso.

Antes bien, la información periodística no solo estaba reseñando un libro sobre dicha trama en el que, además, se contenía dicha fotografía, sino también mencionaba varios episodios de aquella en los que se refiere al demandante como su «cabecilla».

Carácter reservado de la fotografía de la ficha policial. Su utilización constituye una intromisión en el derecho a la propia imagen, que no puede considerarse ilegítima cuando es utilizada para ilustrar una información de indudable interés público.—La fotografía objeto del conflicto fue utilizada, antes de la publicación litigiosa, por numerosos medios de comunicación, en la casi totalidad de los casos, para ilustrar artículos sobre la «Trama Gürtel», por lo que resulta razonable afirmar que esta era de conocimiento general antes de que fuera publicada por el medio demandado. Es evidente que las imágenes que se toman a consecuencia de la detención de una persona tienen un carácter reservado. Pero lo que se juzga no es, precisamente, el carácter reservado de la ficha policial del actor (que no negamos), ni la improcedencia de su filtración (censurable e improcedente, sin duda) ni sus consecuentes responsabilidades (por lo que el recurrente asevera, de alguna forma, ya depuradas), sino la intromisión en su derecho a la propia imagen y la prevalencia de este, dadas las circunstancias del caso, sobre el derecho de información, lo que no cabe decidir afirmativamente por la simple razón de que la imagen de aquel objeto de publicación fuese la de su ficha policial, pues, si así fuese, convertiríamos el derecho a la propia imagen, aunque solo fuera en estos casos, en un derecho absoluto, lo que, como ya hemos dicho, no es. Por lo que cabe concluir que la publicación de la fotografía de la ficha policial constituyó una intromisión en su derecho a la propia imagen que no puede considerarse ilegítima, en tanto estuvo justificada por el derecho de información que, en el caso, resultó prevalente. (STS de 27 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—El actor interpuso una demanda de protección al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, al amparo de la LO 1/1982, contra TCE, S. L. como entidad editora del diario digital «El Confidencial», medio que había publicado en noviembre de 2015 una noticia relativa a la denominada «Trama Gürtel», en la que se insertaba una foto del actor correspondiente a la ficha policial que se le abrió cuando fue detenido por esta causa; y también se aludía a un libro publicado en aquellas fechas sobre la referida trama, en el que igualmente se contenía la misma foto de la ficha policial que era objeto de publicación en el medio indicado. El demandante consideró que la publicación de esta foto constituía una intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad personal y propia imagen, que no quedaba amparada por el ejercicio de la también fundamental libertad de información. El Juzgado de Primera Instancia consideró que, efectivamente, había una intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen del actor, pero consideró que existían razones justificadas para otorgar una mayor prevalencia a la libertad de expresión y de información ejercida por el medio de comunicación demandado. La Audiencia Provincial de Cádiz estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó a la empresa editora al pago de una indemnización de 2.000 € por daños morales. La razón principal radicaba en que, ilustrar una noticia relativa a la publicación de un libro sobre la «Trama Gürtel» con una foto de la ficha policial de uno de los participantes en la misma, excedía del legítimo ejercicio de la libertad de información, cuando era posible y fácil utilizar cualquier otra imagen, sin que el hecho de que esa misma foto se hubiera publicado con anterioridad en otros muchos

medios de comunicación y, por tanto, no fuese novedosa, convirtiéndose su uso en algo lícito. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por la demandada. (*L. A. G. D.*)

10. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión.

Elementos.—La preminencia de la que goza en abstracto la libertad de expresión sobre el derecho al honor se apoya en dos presupuestos esenciales (STS 438/2020, de 17 de julio): 1) «El interés general que despierta la materia sobre la que versa la opinión emitida o el carácter público de la persona o personas contra las que se dirige la crítica»; y 2) La proporcionalidad de las palabras empleadas, pues no están amparadas por este derecho las expresiones «indudablemente injuriosas o que incurran en el menosprecio personal, la vejación injustificada o el insulto».

Juicio de ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Concepto de proyección pública.—En lo que respecta al concepto de proyección pública (STS 1148/1997, de 17 de diciembre de 2017), la doctrina del Alto Tribunal recoge que la misma se reconoce por diversas razones: «por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social, etc.». Asimismo, se indica que la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho al honor queda reforzada en contextos de contienda o conflicto, ya sea de naturaleza política, laboral, sindical o de otra índole (SSTS 450/2017, de 13 de julio y 157/2020, de 6 de marzo). En el caso enjuiciado, el Tribunal considera que concurre el presupuesto del interés general, en tanto que los comentarios de la web pretenden alertar sobre unas determinadas prácticas de venta a domicilio que ha generado una gran alarma social y que pueden resultar de interés para cualquier consumidor.

Juicio de ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Proporcionalidad.—En cuanto a la proporcionalidad de los comentarios vertidos, la Sala reconoce que, a pesar de que estos pueden considerarse «altamente descalificatorios», no puede admitirse que tengan como objetivo desacreditar a las recurrentes de forma arbitraria y gratuita. El Tribunal Supremo reconoce que los comentarios son «inadecuados y ofensivos en sí mismos atendiendo a su sentido literal», pero defiende que su carácter e intención injuriosa disminuye si se pone en relación con el contexto en el que se desarrollan, que no es otro que el descontento respecto de unas determinadas prácticas que los autores de los comentarios consideran inmorales.

Diferencia entre la libertad de expresión y la libertad de información.—De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 104/1986, de 17 de julio, 139/2007, de 4 de junio y 438/2020, de 17 de julio), la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1.a) CE se diferencia de la libertad de información en que, a diferencia de esta segunda, la primera no abarca la comunicación de hechos veraces. Por ello, la libertad de expresión es un derecho más amplio, que ampara «la emisión de juicios, creencias y opiniones de carácter personal», incluyendo el derecho a la crítica, aunque esta pueda considerarse agria y desagradable.

Derecho al honor de las personas jurídicas.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 534/2016, de 14 de septiembre, 35/2017, de 19 de enero y 51/202, de 22 de enero) afirma que las personas jurídicas también son titulares del derecho al honor y que este no se relaciona únicamente con su prestigio profesional, sino que también incluye protección «en cuanto a su aspecto exte-

rior, de trascendencia o valoración social». Sin embargo, esta misma jurisprudencia sostiene que la protección del derecho al honor de la persona jurídica es menos intensa que la de la persona física. (STS de 14 de octubre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—Deepdy LTD es titular de una web en la que se identifica un número de teléfono como perteneciente a Iberhome 2015 S. L. y en la que ciertos usuarios están expresando su descontento con las prácticas de venta a domicilio practicadas por ésta. Bennu Agmc S. L. y Iberhome 2015 S. L. interpusieron demanda contra Deepdy LTD por intromisión ilegítima en su derecho al honor, calificando los comentarios alojados en la web como «gravemente injuriosos» para su reputación y buen nombre. La demanda fue desestimada tanto en primera instancia como en apelación, por lo que las demandantes recurrieron en casación alegando que el juicio de ponderación realizado se oponía a la jurisprudencia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (M. S. G.)

11. Derecho de rectificación de las informaciones publicadas en medios de comunicación.—El derecho de rectificación contemplado en la LO 2/1984 no ampara aquellas peticiones dirigidas a censurar una opinión periodística emitida en el ejercicio de la libertad de expresión del periodista instándole a publicar los datos que este ya conocía o podía haber conocido y que no incluyó voluntariamente. El derecho de rectificación no es un derecho de réplica dirigido a rebatir opiniones. (STS de 20 de octubre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El 12 de noviembre de 2017 se publicó en el diario El País un extenso artículo titulado *Una semana en la burbuja de TV3*. En él, el periodista relataba su valoración personal acerca del contenido informativo del canal público de Cataluña donde se lamentaba de lo sesgado de su programación tendente al independentismo. Cinco días más tarde, Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals, S. A., gestora del canal TV3, remitió una solicitud de rectificación a El País que fue ignorada, razón por la que interpuso una acción de rectificación.

De acuerdo con el artículo 2 LO 2/1984, la rectificación debe limitarse a hechos objetivos, nunca opiniones o juicios de valor, y su objetivo debe consistir en su rectificación, de modo que el solicitante pueda dar su versión de los hechos, no debe tratarse de una mera réplica o contraargumentación de lo publicado. Aunque el artículo en liza se sustentase con ciertos hechos, este era eminentemente un artículo subjetivo de opinión. Por su lado, el escrito de rectificación reprochaba la omisión de ciertos datos que demostrarían lo contrario de lo pretendido por el periodista. Así pues, lo que la demandante realmente pretendía era que el medio publicase nuevos datos que desvirtuasen la opinión del periodista. Estos datos eran públicos y accesibles para cualquier lector que quiera formarse su opinión. En definitiva, la demandante pretendía rebatir la opinión del autor. (J. F.—L. M.)

12. Examen de la posibilidad de considerar el Sahara Occidental como «España» a los efectos de declarar españoles de origen a los saharauis nacidos en este territorio antes de la descolonización de 1976.—La doctrina jurisprudencial aplicable es la fijada por la STS de Pleno 207/2020, de 29 de mayo. Esta sentencia del Pleno afirmaba que la sentencia de la Sala Tercera del Alto Tribunal, de 7 de noviembre de 1999, distingue entre territorio español y territorio nacional para concluir que «Guinea, Ifni y Sáhara eran territorios españoles que no formaban parte del territorio nacional», de modo que su «provincialización» habría constituido «un perfeccionamiento del Régimen colonial».

A la anterior distinción cabría ciertamente oponer que dentro del propio artículo 17 CC, la expresión «territorio español» aparece como equivalente a «España».

Ante esta situación, lo más apropiado es atenerse a la normativa española más específica sobre la materia. Esta normativa es la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara, y el RD 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara.

Mediante el artículo único de dicha ley se autorizaba al gobierno «para que realice los actos y adopte las medidas que sean precisas para llevar a cabo la descolonización del territorio no autónomo del Sahara, salvaguardando los intereses españoles». Por su parte, su preámbulo, tras constatar que el territorio no autónomo del Sáhara había estado sometido en ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial, declaraba rotundamente que el Sáhara «nunca ha formado parte del territorio nacional». El citado RD 2258/1976, por su parte, arbitraba el sistema para que los naturales del Sahara que cumplieran determinados requisitos pudieran optar por la nacionalidad española en el plazo máximo de un año.

En consecuencia, cualquiera que sea la opinión que merezca esa normativa específica y cualquiera que sea la opinión sobre la actuación de España como potencia colonizadora a lo largo de toda su presencia en el Sahara Occidental, lo indiscutible es que se reconoce la condición colonial del Sahara —algo por demás difícilmente cuestionable incluso durante la etapa de «provincialización»— y que, por tanto, el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en el artículo 17.1.c) CC. En otras palabras, no son nacidos en España quienes nacieron en este territorio durante la etapa en que fue colonia española.

La sentencia 444/2020, de 20 de julio, aplicó esa misma doctrina jurisprudencial y declaró que no procedía reconocer la nacionalidad española de origen a los nacidos en Guinea durante el tiempo en que fue colonia española, toda vez que «sería un contrasentido negarlo (la condición de español) para el Sahara y reconocerlo para Guinea». (STS de 7 de octubre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Román nace en Aaiún, Sahara Occidental, en 1973, de padres también nacidos en el Sahara Occidental. Promueve expediente gubernativo solicitando la declaración de su nacionalidad española de origen, por haber nacido en territorio del Sahara Occidental antes de 1976. La juez encargada del Registro estima dicha petición, por lo que, mediante auto de 22 de abril de 2010, declara que Román ostenta *iure soli* la nacionalidad española de origen conforme al artículo 17.3 CC, según redacción dada por la Ley 51/1982,

de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 CC, en vigor el 19 de agosto de 1982.

El motivo de la estimación de la petición fue la consideración de que Román reunía los requisitos que venía exigiendo la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) a partir de la sentencia de la Sala de la Civil del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998, al no haber podido optar por la nacionalidad española en el plazo de un año, según lo estipulado por Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara. Por tanto, la juez estimó que, en tal situación, lo procedente era aplicar retroactivamente al caso el artículo 17.3 CC según la Ley 51/1982, dado que la norma pretendía evitar casos de apatridia y «dar un sentido amplio a la expresión “nacidos en España”, es decir, como territorio español, no como territorio nacional».

Mediante solicitud de cooperación judicial, la juez solicitó al Registro Civil Central la inscripción del nacimiento fuera de plazo de Román o, en su defecto, la anotación del nacimiento por haberse reconocido la nacionalidad española. El magistrado-juez encargado del Registro Civil Central acordó «denegar la inscripción del nacimiento con marginal de nacionalidad española», al entender que no se habían acreditado aspectos esenciales del hecho inscribible (filiación, fecha y lugar de nacimiento) y que el auto de 22 de abril de 2010 había «aplicado de manera errónea el art. 17.3 del Código Civil».

Contra dicha resolución, Román interpuso recurso alegando que la nacionalidad española era la única que había ostentado desde su nacimiento y durante el tiempo en que el Estado español había ejercido su tutela sobre el Sahara Occidental, y que, cuando esta situación finalizó, le había sido imposible ejercer el derecho de opción contemplado en el referido Real Decreto 2258/1976. Por todo ello, entendía que lo procedente era aplicar retroactivamente el referido artículo 17.3 CC.

El 4 de septiembre de 2014, la DGRN acordó estimar parcialmente el recurso y practicar anotación soporte de nacimiento y anotación de nacionalidad.

El 2 de marzo de 2018, Román interpone demanda contra la DGRN, en la que solicita se declare que ostenta la nacionalidad española de origen desde su nacimiento por haber nacido en España, y su correspondiente inscripción en el Registro Central. La DGRN se opuso a la demanda.

La demanda es estimada, dado que: (i) los naturales del Sahara Occidental eran apátridas, lo que abría la posibilidad de reconocerles la nacionalidad española de origen con base en el artículo 17.1.c) CC si se concluía que el Sahara Occidental era España a los efectos de dicho precepto; (ii) a diferencia de sus padres, que nacieron en lo que entonces era una colonia española, Román nació en el Sahara en 1973, fecha en la que este territorio era provincia española y, por tanto, España; y (iii) en consecuencia, se daban todos los requisitos para declarar con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de Román con base en dicho precepto, al ser apátrida y haber nacido en 1973 en España «de padres

extranjeros (saharauisc coloniales), los cuales no han podido atribuir a su hijo una nacionalidad».

La DGRN recurre en apelación, alegando que no procedía aplicar al caso el artículo 17.1.c) CC, al no concurrir el requisito de que el demandante hubiera nacido en España, dado que por entonces el Sahara Occidental era territorio español, pero no territorio nacional. El recurso es desestimado.

La DGRN interpone recurso de casación, fundado en la infracción del artículo 17.1, c, CC. El recurso es estimado. (T. R. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. El contrato de permuta de suelo por obra futura.—El contrato de permuta de suelo por obra futura es un contrato que alberga múltiples relaciones jurídicas (compraventa, permuta y arrendamiento de obra). Ello no implica que se trate de varios contratos, sino de varias figuras contractuales que, coordinadamente, dan lugar a un único contrato complejo. A diferencia del contrato de permuta de bienes que existen y están determinados desde su celebración, en éste la parte cedente del terreno solo ostenta un derecho de crédito frente al adquirente del solar, que le faculta para exigir a éste último que cumpla el compromiso asumido de edificar, de modo que no será hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión para el cedente del suelo, como justa contraprestación.

La eficacia frente a terceros de la condición resolutoria pactada en un contrato de permuta de suelo por obra futura en garantía de los derechos del cedente.—El cumplimiento de una condición resolutoria inscrita tiene dos efectos fundamentales: 1) la reinscripción a favor del transmitente; 2) la cancelación de los asientos posteriores, sin necesidad del consentimiento de sus titulares. Inscrita la condición, los derechos de los terceros adquirentes, incluso estando inscritos o anotados, quedan subordinados al eventual incumplimiento de la obligación de satisfacer la contraprestación que corresponde al adquirente en virtud del contrato en que se estableció la condición resolutoria. La resolución produce sus efectos *ex tunc*, lo que significa que la resolución del dominio o derecho real adquirido por el comprador o adquirente determina la resolución de los derechos constituidos sobre la cosa que traigan causa en ese dominio o derecho resuelto. Además, la eficacia frente a terceros de la condición inscrita exige también que los titulares de los correspondientes derechos inscritos o anotados hayan tenido ocasión de intervenir en el procedimiento judicial para alegar cuanto interese a sus derechos, salvo que se haya practicado anotación preventiva de la demanda presentada para obtener la declaración judicial de resolución y la cancelación de los asientos posteriores.

La inscripción de las condiciones resolutorias es posible conforme a los artículos 9.2.º y 11 LH y 51.6.º RH. Durante la pendencia, el nuevo titular registral adquiere el derecho inscrito sujeto a la condición y conservando el transmitente la expectativa de resolver el contrato con efectos frente a terceros en el caso de cumplirse la condición. En el caso de que los contratantes, al amparo del artículo 11 LH, atribuyan a la falta de pago el carácter de

condición resolutoria explícita, entonces su inscripción en el Registro provoca su plena oponibilidad frente a terceros adquirentes. Esta eficacia real le otorga preferencia registral sobre los derechos inscritos o anotados con posterioridad (arts. 17 y 107.10 LH). Ahora bien, los efectos de oponibilidad y legitimación de los derechos inscritos estarían delimitados por los términos en que consten en el Registro (arts.13.I y 38.I LH). Así, si se pacta como condición resolutoria el incumplimiento de la obligación de entrega del cesionario, deberá especificarse claramente en el título inscribible y en la inscripción, como garantía básica de los titulares de derechos posteriores, los concretos inmuebles (viviendas, locales) que han de entregarse al cedente, con sus características esenciales (superficie, ubicación, linderos, anejos) que permita su identificación indubitada. Solo de esta manera los eventuales terceros adquirentes de derechos podrán conocer la extensión de los derechos inscritos.

Por otro lado, la inscripción de la condición resolutoria deberá especificar el plazo pactado para el cumplimiento de la obligación de construcción y entrega de los inmuebles. Las obligaciones sujetas a un plazo tienen su eficacia suspendida durante el lapso de tiempo que media entre la celebración del contrato y la llegada del término. En consecuencia, antes de la llegada del término, la obligación a plazo no puede entenderse todavía incumplida y, por tanto, tampoco cabría apreciar en tal caso el cumplimiento de la condición ni producido su efecto resolutorio. Esto también a los titulares de derechos sobre los inmuebles gravados con la condición resolutoria, cuya suerte depende de las vicisitudes de la obligación garantizada. Si bien con carácter general las acciones resolutorias no producen efecto frente al tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, el artículo 37.1.º LH exceptúa de esta regla a las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.

El retraso desleal en el ejercicio del derecho.—Según el artículo 7.1 CC, los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Dicho precepto comporta determinar lo que debe entenderse por retraso desleal en el ejercicio del derecho. El retraso desleal exige dos requisitos: 1) que el derecho no sea ejercido durante un largo tiempo; 2) que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor de que el titular del derecho no lo ejercería.

Consecuencias del retraso en el cumplimiento de una obligación.—El mero retraso en el pago o en la entrega de la cosa no siempre produce la frustración del fin perseguido por el contrato. No en todo caso puede equipararse al incumplimiento. La situación de retraso en el cumplimiento no necesariamente da lugar a la resolución. Para que así ocurra, debe producirse alguno de los siguientes supuestos: a) que así se haya pactado; b) que el incumplimiento sea de tal entidad, grave y esencial, como para producir la insatisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo, frustrando la finalidad del contrato. Este último caso exige que se aprecie en quien insta la resolución un interés jurídicamente atendible. (**STS de 21 de septiembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 17 de diciembre de 2003, las demandantes AN y AM y la entidad demandada PLG formalizaron en escritura pública un contrato de permuta de solar por obra futura. En virtud del mismo, las actoras entregaron a PLG la propiedad de un solar. Como contraprestación, la cesionaria se obligaba: a) a construir a

su costa sobre la finca cedida un edificio de viviendas, locales comerciales y plazas de garaje; b) a entregar a las cedentes libres de cargas y gravámenes el pleno dominio de dos locales comerciales, dos viviendas y dos plazas de garaje en el edificio proyectado. El plazo para ejecutar la obra y entregar las fincas a las demandadas se fijó en dos años desde el día de la obtención de la oportuna licencia de obras, que la cesionaria se obligaba a solicitar al ayuntamiento dentro de los seis meses siguientes al otorgamiento de la escritura pública. El contrato incluía una estipulación que establecía que la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por la entidad PLG daría lugar a la resolución de pleno derecho del contrato de cesión, quedando en favor de las cedentes cuantas obras existieran en el solar cedido, como indemnización por daños y perjuicios.

El 22 de septiembre de 2005, PLG otorgó escritura pública de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal del inmueble, y en cada una de las fincas registrales resultantes se inscribió la condición resolutoria pactada a favor de las demandantes.

El 27 de septiembre de 2005, las partes otorgaron contrato privado en el que, tras exponer que la licencia de obras se había obtenido el 9 de agosto de 2005, acordaron fijar un nuevo plazo para la entrega de la contraprestación: dos años a contar desde la firma del Acta de Replanteo del Edificio. No obstante, se pactó: 1) que si transcurridos treinta días desde la firma del documento, dicho Acta no hubiese sido firmada, en esa misma fecha se entendería iniciado el plazo para la entrega mencionada; 2) que si llegado el plazo máximo para la entrega sin que mediaran causas de fuerza mayor dicha entrega no se hubiera realizado, PLG vendría obligada al pago de trescientos euros por cada día de retraso que transcurriera hasta la entrega de los bienes marcados como pago de la permuta. El 28 de septiembre de 2006, en un nuevo contrato privado las partes acordaron fijar como nueva fecha máxima de entrega de la contraprestación el día 29 de julio de 2008. Incluyeron la pena convencional antes señalada y, además, dispusieron que, acumulado un año de retraso sin haberse realizado la entrega, las actoras podrían optar entre conceder nueva prórroga de seis meses, en los que se mantendría la penalización fijada, o acogerse a la condición resolutoria establecida en la escritura de permuta. El 15 de octubre de 2008, PLG remitió un burofax a las demandantes informando de que en el plazo de un mes procedería a la entrega de las viviendas, los locales y las plazas de garaje. El 19 de julio de 2011, las demandantes otorgaron acta notarial de requerimiento a PLG, al no haberse procedido a la entrega de la contraprestación pactada, para dar por resuelto el contrato con los efectos inherentes en derecho. Con posterioridad a la inscripción de la condición resolutoria pactada en el contrato de permuta, constan diversas inscripciones de hipotecas y anotaciones preventivas de embargo a favor de los codemandados.

AN y AM interpusieron demanda el 18 de marzo de 2013 contra PLG, solicitando que: 1) se declarase la resolución de la permuta; 2) se acordase la cancelación registral de las inscripciones posteriores y la adjudicación de las fincas resultantes de tal división horizontal a favor de las actoras; 3) la condena a la demandada a entregar a las actoras la posesión de todo lo edificado sobre la parcela propiedad

de ésta. Posteriormente, las actoras ampliaron la demanda frente a los titulares de diferentes derechos inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad cuya cancelación se interesaba.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró resuelto el contrato de permuta al apreciar el incumplimiento contractual de la obligación de entrega que recaía sobre PLG. Estimó que los contratos privados posteriores al de permuta que modificaron la fecha límite de entrega lo único que hicieron fue conceder un plazo adicional a la demandada para cumplir su contraprestación, pero eso no hacía irresoluble el contrato si el incumplimiento persistía. El juzgado concedió la indemnización de daños y perjuicios, consistente, tal como se estableció en el contrato, en la cesión de las obras existentes en el solar cedido. En cuanto a los efectos de la resolución frente a terceros, negó que la condición resolutoria les fuera oponible, pues ello solo era posible en la medida en que se hubiese ejercitado en el plazo conferido al respecto (transcurridos dos años desde la obtención de la licencia de obras), algo que aquí no ocurrió. Por tanto, la sentencia declaró que no procedía acordar la cancelación de los asientos registrales posteriores a la inscripción de la condición resolutoria.

Las actoras interpusieron recurso de apelación. La Audiencia estimó el recurso exclusivamente en lo relativo a la condena en costas, pero lo desestimó en lo demás. Argumentó, entre otras cosas, que las modificaciones habidas en los contratos privados no debían perjudicar a terceros. Los dos argumentos que manejaron el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial para desestimar la pretensión de cancelación de esas inscripciones y anotaciones posteriores, fueron: 1) la falta de efectos frente a terceros de la condición resolutoria, por no haberse inscrito la prórroga del plazo para el cumplimiento de la obligación de entrega de los inmuebles; 2) el ejercicio tardío del derecho de resolución, al haberse presentado la demanda en 2013, varios años después de que venciera el plazo para el cumplimiento de la obligación de la cesionaria.

Las demandantes interpusieron recurso de casación. Alegaron la infracción de los artículos 9.2, 11, 34.I, 37 y 107.10 LH. En particular, argumentaron que: a) la condición resolutoria es expresa y de plenos efectos frente a terceros al estar inscrita en el Registro; b) los contratos privados eran meramente modificativos y solo afectaban al plazo de cumplimiento de la contraprestación de la cesionaria del solar; c) la actuación de las actoras, a través de los pactos de prórroga de los plazos de entrega y la no presentación de la demanda de forma inmediata al vencimiento de aquellos plazos, respondía al principio de conservación del negocio jurídico, sin que pueda ser tachada de retraso desleal en el ejercicio de los derechos.

El Tribunal Supremo parte del hecho de que la condición resolutoria se hizo constar en la inscripción de todas las fincas registrales resultantes de la inscripción de la división horizontal del edificio. A su juicio, el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial yerran, al no extraer rectamente las consecuencias derivadas del pacto de extensión del plazo de entrega. El hecho de que esta prórroga no se hiciese constar en el Registro, lo que determina es que tal ampliación no afectaba ni podía perjudicar a los terceros inscritos,

para los cuales solo resultaba oponible la condición resolutoria en los términos en que constaba inscrita al tiempo en que inscribieron o anotaron sus respectivos derechos. Lo que significa que la resolución que les podía perjudicar era la concretada en la inscripción registral de la condición resolutoria. La eventual acción resolutoria nunca les podría afectar antes del término pactado para el cumplimiento de la obligación que constaba en el Registro (dos años desde la obtención de la licencia de obras). Entiende el Tribunal Supremo que, puesto que el requerimiento extrajudicial para dar por resuelto el contrato de permuta se produjo el 19 de julio de 2011 y la demanda se interpuso el 18 de marzo de 2013, el derecho resolutorio de las demandantes no se ejercitó en términos distintos de los previstos en el Registro, pues de éste lo que resultaba (y en lo que podían confiar los terceros) es que dicho derecho no podía ejercitarse, en su perjuicio, sino transcurridos dos años desde la obtención de la licencia de obras.

Según el Alto Tribunal, como consecuencia de la ampliación del plazo pactado, las cedentes del suelo no podían ejercer la acción resolutoria antes del vencimiento del nuevo plazo pactado. Sin embargo, esto no afectaba a los terceros, que ni veían menoscabado su derecho por ello (al contrario, se reducía el riesgo del incumplimiento de la obligación y, por tanto, de la pérdida de sus derechos por resolución del derecho del cesionario), ni entre sus derechos figuraba el de no verse afectados por el ejercicio de un derecho resolutorio no prescrito ni caducado (tomando en consideración como término inicial del cómputo el día en que la acción pudo ejercitarse conforme al Registro).

La segunda cuestión a la que se enfrenta el Tribunal Supremo es determinar si, a consecuencia de esa ampliación, y la consiguiente postergación temporal de la presentación de la demanda, pudieron incurrir o no las demandantes en un retraso desleal en el ejercicio de sus derechos. El Tribunal Supremo parte de las siguientes consideraciones: a) la inscripción de la condición resolutoria estaba vigente en las fechas en que se inscribieron los derechos inscritos y anotados de cuya cancelación se trata; b) ni en la escritura de permuta ni en ninguno de los dos contratos privados posteriores en que se modificó el plazo para el cumplimiento de la obligación se pactó un plazo de caducidad convencional de la condición resolutoria; c) tomando en cuenta exclusivamente el plazo que constaba en el Registro, la acción resolutoria no estaba prescrita, al no haber transcurrido el plazo genérico de prescripción para las acciones personales del artículo 1964 CC.

Según el Tribunal Supremo, no concurren los presupuestos necesarios para apreciar retraso desleal en el ejercicio del derecho. Así, estima el recurso de casación y las pretensiones de las actoras, incluida la pretensión de cancelación registral de las inscripciones y anotaciones posteriores a la condición resolutoria, en cuanto a las fincas inscritas a favor de PLG, quedando vigentes las inscripciones referidas a la obra nueva y división horizontal, y las que pudieran ser anteriores o preferentes a la inscripción de la condición.

NOTA.—Sobre las cuestiones planteadas en esta sentencia se ha pronunciado varias ocasiones el Tribunal Supremo: a) el contrato de permuta de suelo por obra futura (SSTS de 2 de diciembre de 2011,

de 14 de febrero de 2011 y de 25 de abril de 2007); b) los efectos de la resolución contractual *inter partes* (SSTS de 17 de junio de 1986, 11 de octubre de 1995 y 21 de junio de 2002); c) los efectos de la inscripción de condiciones resolutorias en el Registro (SSTS de 11 de julio de 1995, 21 de junio de 2002 y 15 de octubre de 2010); d) el retraso desleal en el ejercicio de derechos (SSTS de 12 de diciembre de 2011 y 3 de diciembre de 2010); e) la falta de equiparación del mero retraso en el pago al incumplimiento (SSTS de 12 de abril de 2011, 1 de abril de 2014, 3 de diciembre de 2008 y 5 de abril de 2006). (S. L. M.)

14. Conceptos de consumidor y usuario final.—La sentencia recurrida establece una dicotomía entre las figuras de consumidor y destinatario final que le lleva a concluir que la normativa sobre el derecho de desistimiento en los contratos a distancia y las compraventas fuera de los establecimientos mercantiles contenida en el TRLGDCU es aplicable a los destinatarios finales, aunque no sean consumidores. Ninguna de tales premisas es correcta. Ni existe diferencia legislativa entre los conceptos de consumidor y usuario final, ni la legislación tuitiva sobre los contratos a distancia y los contratos fuera del establecimiento mercantil está prevista para no consumidores. La LGDCU 1984 consideraba como tales a quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional. Posteriormente, el artículo 3 TRLGDCU matizó tal concepto, al afirmar que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Ambas definiciones, que no son excluyentes, puesto que giran alrededor del criterio negativo de la actividad profesional o empresarial, deben ser interpretadas a la luz de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y su aplicación por el TJUE. Ya desde la LGDCU 1984, se ha ampliado el concepto de consumidor a las personas jurídicas, siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro. En el caso que nos ocupa, la compradora es una sociedad mercantil que adquirió la máquina para emplearla en su actividad empresarial o profesional (una clínica veterinaria) y en cuanto que tal sociedad mercantil empresaria hay que presumirle el ánimo de lucro. Por lo que no reúne ningún criterio para ser considerada consumidora, pues aunque fuera destinataria final del producto, lo era para su incorporación a su actividad empresarial. Si la compradora, no tiene la cualidad legal de consumidora, no pueden aplicársele las previsiones legales sobre el derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. **(STS de 11 de octubre de 2021;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—En junio de 2015, la empresa Clínicas Veterinarias Móviles, S. L. L. vendió a Valdela Fuentes, S. L. P. una máquina analizadora de bioquímica, por precio de 7.865 €. El contrato se realizó a través de una plataforma *on line*. Tras recibir la mercancía en agosto siguiente, Valdela Fuentes negó haber adquirido la máquina y comunicó a la remitente que creía haberla recibido únicamente en depósito para prueba. Por lo que se negó a pagar el precio y ofreció devolver la máquina. Clínicas Veterinarias presentó una demanda contra Valdela Fuentes, en la que solicitó que se la conde-

nara al pago de 7.865 €, intereses y costas. Valdelasfuentes se opuso alegando que la suministradora no había respetado las previsiones legales sobre el derecho de desistimiento.

El juzgado dictó sentencia en la que desestimó la demanda, porque si bien consideró que no se trató de una venta a distancia, porque hubo encuentros entre las partes, y que tampoco se trató de una entrega a prueba, no se respetó el derecho de desistimiento previsto en el TRLGDCU, que resultaba aplicable a la compradora, en cuanto destinataria final de la máquina.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la demandante. A los efectos que nos ocupan, consideró que el ejercicio empresarial de la demandada le priva de la cualidad de consumidora, pero no de la condición de destinataria final, por lo que le resulta aplicable la legislación sobre las compraventas fuera del establecimiento mercantil.

La demandante formuló un recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el motivo de casación. (*J. M.^a M. F.*)

15. Falta de legitimación activa de las asociaciones de consumidores en litigios cuyo objeto no sea común, ordinario y generalizado.—Según el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, para apreciar legitimación activa por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de sus asociados, se requiere que el objeto del mismo sea común, ordinario y generalizado. Esta consideración prescinde del incumplimiento del deber de información precontractual en la comercialización indebida a consumidores de instrumentos financieros, destinados a inversores. (**STS de 11 de octubre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales formuló en su día demanda, en nombre de dos de sus afiliados, contra Popular Banca Privada, S. A. El Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid dictó sentencia de 16 de febrero de 2017, por la que estimó parcialmente la demanda deducida y declaró la nulidad de la orden de compra de bonos, canjeados por bonos subordinados necesariamente canjeables, por importe de 220.000 euros, con condena de la demandada a abonar el capital más los intereses legales y otros pronunciamientos adicionales correlativos.

Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la actora e impugnación por Popular Banca Privada, S. A. La sección décima de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 5 de diciembre de 2017, en la que, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto y desestimando la impugnación formulada por Popular Banca Privada, S. A., revocó en parte la sentencia del precitado juzgado, declarando el incumplimiento del deber de información precontractual de los contratos financieros atípicos, condenando a la entidad financiera a indemnizar los daños y perjuicios causados, que se cifraron en la suma de 2.132.824,79 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

Contra dicha sentencia, Popular Banca Privada, S. A. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo requiere, para apreciar la legitimación activa de las asociaciones de consumidores en aras de defender los intereses de sus asociados, que el objeto del litigio guarde relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, debiendo realizar una interpretación amplia y no restrictiva, que trate de garantizar la protección efectiva de los consumidores y usuarios.

En el presente caso, considera que los servicios financieros exceden de la consideración de servicios de uso común, ordinario y generalizado, por su naturaleza y circunstancias, por tratarse de instrumentos financieros destinados a inversores, concretados en tres paquetes de acciones de sociedades cotizadas en bolsas internacionales, así como siete bonos estructurados. (C. A. C.)

16. Subrogación en el contrato de arrendamiento por fallecimiento del arrendatario.—Conforme al artículo 16.3 LAU 1994, si a la muerte del arrendatario las personas legitimadas para subrogarse en su posición no comunican por escrito el hecho del fallecimiento y la identidad del subrogado en el plazo de tres meses, el arrendamiento queda extinguido. Sin embargo, es controvertido si estas formalidades deben considerarse un requisito constitutivo de la subrogación o, por el contrario, basta con que el arrendador tenga conocimiento efectivo de aquellos extremos con independencia de cómo lo obtuviera. Tras entender en algunos pronunciamientos que la subrogación solo es válida si se practica la notificación en tiempo y forma, el Pleno del Tribunal Supremo corrigió su jurisprudencia y resolvió que el conocimiento efectivo por el arrendador es suficiente para que la subrogación sea efectiva. En esta sentencia, la Sala Primera se reafirma en esta posición. (**STS de 27 de septiembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En 1935 se concertó un arrendamiento para uso de vivienda en virtud del cual A se constituía en arrendatario del inmueble. Tras su fallecimiento en 1951, su hija, B, continuó ocupando la vivienda e intentó un acto de conciliación para comunicar al arrendador su subrogación en el contrato. A la muerte de B en 1977, su marido C continuó viviendo en el inmueble y, apenas un año después, contrajo matrimonio en segundas nupcias con D. Después del fallecimiento de C en 2009, su viuda, D, siguió ocupando el domicilio familiar.

En 2015 la empresa propietaria del inmueble interpuso demanda solicitando la resolución del contrato. El Juzgado de Primera Instancia consideró que D se había subrogado válidamente en el contrato de arrendamiento, pues el arrendador tenía conocimiento efectivo de su ocupación, con lo que desestimó la demanda íntegramente. No obstante, la Audiencia Provincial estimó el recurso porque, mientras que las dos primeras subrogaciones se habían realizado correctamente conforme a la normativa de arrendamientos previa, la tercera no fue válida por no cumplir los requisitos formales previstos en el artículo 16.3 LAU 1994.

La demandada interpuso recurso de casación por infracción de las normas y doctrina jurisprudencial relativas a la subrogación del cónyuge viudo en el contrato de arrendamiento de la vivienda, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. En concreto, el Alto Tribunal razona que las exigencias formales de notificación son atemperadas por el principio de buena fe, de modo que el arrendador no puede pedir la resolución si tuvo conocimiento efectivo del fallecimiento de la arrendataria y de la voluntad de subrogación de su viudo, aunque no se le hubiera notificado por escrito.

NOTA.—En un principio el Tribunal Supremo se pronunció en el sentido de que la notificación por escrito del fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación del tercero eran requisitos necesarios para su validez, sin que el conocimiento efectivo por el arrendador sustituyera la notificación por escrito (SSTS 220/2009, de 3 de abril, 343/2012, de 30 de mayo, 247/2013, de 22 de abril, y 664/2013, de 23 de octubre). Posteriormente, sin embargo, el Pleno del Tribunal Supremo (STS 475/2018, de 20 de julio) ha rectificado y ha establecido que, puesto que la subrogación no requiere el consentimiento del arrendador, sino solo que sea informado, si tuvo conocimiento efectivo de aquellos extremos por cualquier vía sería contrario a las exigencias de la buena fe pedir la resolución del contrato por incumplimiento de una formalidad.

Esta interpretación se extiende también a los contratos de arrendamiento para uso de vivienda concertados antes del 9 de mayo de 1985: aunque la DA 2.^a LAU 1994 remite a la ley anterior como regla general, la subrogación se rige por las normas contenidas en ella y por el artículo 16.3 LAU 1994, excluyendo el artículo 58 LAU 1964. No sucede lo mismo con los arrendamientos de local para uso distinto de vivienda, pues la DA 3.^a LAU 1994 no contiene una previsión equivalente y, por tanto, la subrogación se rige íntegramente por la LAU 1964, conforme a la cual la falta de notificación no conlleva la extinción del contrato, sino la atribución al arrendador de la facultad de resolverlo (STS 26/2009, de 29 de enero). (C. C. S.)

17. Responsabilidad por defectos constructivos: distinción entre daños permanentes y daños continuados, y cómputo del plazo de prescripción de la acción (art. 18 LOE).—A diferencia de los daños permanentes, que se agotan en un momento concreto, los daños continuados evolucionan en el tiempo (SSTS 114/2019, de 20 de febrero, 454/2016, de 4 de julio, 589/2015, de 14 de diciembre, y 624/2014, de 31 de octubre). El plazo de prescripción de la acción para obtener la reparación de los defectos constructivos que constituyan daños continuados, se computa desde el conocimiento de su entidad y trascendencia, momento a partir del que la acción puede ejercitarse. (STS de 14 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Una vivienda fue rehabilitada y ampliada en el año 2010. Durante 2012 se detectaron una serie de fisuras y grietas, ante lo que su propietario contactó con el técnico intervinien-

te en la obra, sin obtener resultado alguno. En 2013 el propietario contrató a un perito, quien le advirtió del riesgo existente y de la conveniencia de instalar testigos para determinar el avance de las fisuras y grietas, lo que sería confirmado en 2015, cuando el mismo perito emitió informe en el que constató el aumento de grosor de aquéllas. Ese mismo año el propietario de la vivienda interpuso demanda en contra del técnico interviniente en la obra, solicitando su condena a la reparación del daño. El Juzgado desestimó la demanda por prescripción de la acción, y la Audiencia confirmó tal pronunciamiento. El demandante recurrió en casación por infracción del artículo 18 LOE y del artículo 1969 CC, en relación con la jurisprudencia. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso.

NOTA.—Esta sentencia trata la distinción entre los daños permanentes y los daños continuados, tan relevante en materia de inicio del cómputo de los plazos de prescripción, particularmente si son breves, como el bienal previsto en el artículo 18 LOE. La aplicación de la doctrina de los daños continuados a los producidos por defectos constructivos ha dividido a los autores. Un grupo sostiene que el plazo prescriptivo se computará desde que empiecen a manifestarse o producirse los daños, aunque no pueda determinarse su alcance. Este parecer no toma en consideración que cuando el daño aún evoluciona la actuación del perjudicado no conseguirá el pleno resarcimiento, dado que la reparación de lo manifestado inicialmente no hace desaparecer la patología que subyace y prosigue en sus efectos. Por ello, son daños continuados las grietas no estabilizadas, dado que la patología sigue actuando, haciendo que crezcan, y la reparación anticipada no puede evitarlo (para más referencias, Santana Navarro, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2018, pp. 159-162). (F. S. N.)

18. Exclusión de los daños del semirremolque de la cobertura del seguro obligatorio del camión-tractor.—El Tribunal Supremo considera que el artículo 5 LRCSCVM excluye al semirremolque de la cobertura del seguro obligatorio de responsabilidad civil, porque este elemento se asimila a las cosas transportadas en el camión-tractor asegurado. El Tribunal reitera el criterio ya establecido en sentencias como la STS 246/1996, de 1 de abril, de que, al carecer los camiones-tractores de capacidad propia para transportar cosas, tanto el semirremolque como su carga, han de considerarse en estos casos «cosas por él transportadas» a los efectos de la exclusión prevista en el artículo 5.2 LRCSCVM. (STS de 7 de octubre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En abril de 2014 tuvo lugar un accidente de circulación por salida de la vía y posterior volcado de un vehículo articulado formado por un camión-tractor y su semirremolque. Ges, Seguros y Reaseguros, S. A., como aseguradora del semirremolque, interpone demanda de juicio ordinario por los daños sufridos en el mismo contra Van Ameyde España, S. A., aseguradora del camión-tractor. La clave de la controversia gira en torno a la inter-

pretación del artículo 5.2 LRCSCVM, que, en síntesis, excluye de la cobertura del seguro obligatorio los daños sufridos por el propio vehículo asegurado y por las cosas en él transportadas. Así, Van Ameyde España, S. A. interesó la desestimación de la demanda sobre la base de que, en el momento del accidente, cabeza tractora y semirremolque formaban una «unidad funcional» y que, además, el semirremolque en sí mismo debía ser considerado una carga transportada por el camión-tractor, puesto que así lo establecía la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Esta sentencia es recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Huelva, que estima el recurso. Contra la sentencia en segunda instancia, la parte demandada interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo admitió el recurso y estimó pertinente dirigir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una petición de cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 3 de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos a motor. El TJUE dictó sentencia en la que se declaraba que la mencionada Directiva no se opone a una interpretación en la que se excluyan de la cobertura del seguro obligatorio los daños materiales causados por el camión-tractor al semirremolque por él transportado. Finalmente, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la demandada Van Ameyde España, S. A. (*M. S. G.*)

19. La legitimación activa para el ejercicio de acciones en caso de impago del préstamo o crédito hipotecario titulado en participaciones hipotecarias.—La titulación de préstamos o créditos hipotecarios mediante la emisión de participaciones hipotecarias está prevista en el artículo 15 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. En la fecha en que se produjo la emisión de las participaciones hipotecarias, dicho precepto legal estaba desarrollado reglamentariamente por la sección 5.ª del capítulo III del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo. La titulación de los préstamos o créditos hipotecarios mediante la emisión de participaciones hipotecarias tiene como principales funciones económicas refinanciar el crédito hipotecario y reducir el activo de riesgo del banco. Esa función económica de la titulación de préstamos y créditos hipotecarios por la emisión de participaciones hipotecarias se articula mediante una regulación jurídica, de difícil encaje en las categorías de negocios jurídicos existentes con anterioridad en nuestro Derecho, que configura una cesión no ordinaria de cuotas de los créditos derivados de esos préstamos o créditos hipotecarios, de naturaleza *sui generis* y con un claro componente fiduciario. En virtud de esta regulación, el banco que concedió el préstamo o crédito hipotecario que ha sido titulado mediante la emisión de participaciones hipotecarias tiene plena legitimación para promover el proceso judicial destinado al cobro de las cantidades adeudadas por el deudor hipotecario cuando este ha incumplido su obligación de pago, ya sea mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria, que será lo habitual, ya sea mediante otro procedimiento judicial que sea procedente, como es el caso del juicio declarativo ordinario. No se

trata de una legitimación extraordinaria, sino de la legitimación derivada de la posición jurídica que el emisor tiene en la relación comercial *sui generis* derivada de la emisión de participaciones hipotecarias sobre un préstamo o crédito hipotecario preexistente que concertó con el deudor hipotecario, en el que sigue conservando la cualidad de acreedor hipotecario y una obligación de custodia, administración y de realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo. (STS de 20 de octubre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—BBVA concedió el 15 de noviembre de 2007 un crédito hipotecario de 40.000 euros a Raimunda. Las cuotas del crédito dejaron de pagarse desde el 13 de abril de 2013. El banco titulizó dicho crédito hipotecario el 15 de abril de 2015 mediante la emisión de participaciones hipotecarias. FTA 2015 Fondo de Titulización de Activos suscribió esas participaciones hipotecarias.

BBVA interpuso en abril de 2017 una demanda de juicio ordinario contra Raimunda. Como pretensión principal, solicitó que se declarase el vencimiento anticipado de la total obligación de pago derivada del contrato, se condenase a la acreditada al pago de las cantidades debidas por principal, intereses ordinarios e intereses moratorios y se ordenara la realización del derecho de hipoteca. Raimunda se opuso a la demanda, alegando la falta de legitimación activa de BBVA porque el crédito hipotecario que servía de base a su demanda había sido titulizado y cedido a un fondo de titulización, que sería por tanto el acreedor legitimado para accionar con base en el crédito hipotecario que había resultado impagado.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó tal excepción y estimó la pretensión principal de la demanda en lo relativo al vencimiento anticipado del crédito hipotecario y a la condena a pagar lo adeudado por capital, intereses ordinarios y de demora.

La sentencia fue apelada por la demandada y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

La demandada ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra la sentencia de apelación. El Tribunal Supremo desestima los recursos por infracción procesal y de casación. (*J. M.^a M. F.*)

20. Responsabilidad civil extracontractual. Concurrencia de culpas. Determinación del grado de contribución causal: Facultad de los órganos de instancia.—La facultad de los órganos de instancia en la determinación del grado de contribución causal de la conducta culposa de la víctima a la producción del daño, constituye una apreciación que debe ser respetada en casación, con la salvedad de que se advierta irracionalidad o falta de lógica en la valoración de las conductas de las personas intervinientes en el desencadenamiento del proceso causal (SSTS 732/2010, de 11 de noviembre y 200/2012, de 26 de marzo, entre otras muchas). Concurso de culpas que igualmente admite repercusión en la moderación de la responsabilidad del demandado y reducción proporcional del daño (STS 513/2007, de 30 de abril).

Al determinar la concurrencia de culpas debe acompasarse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad.—Si no se produce culpa exclusiva de la víctima y es compartida por el agente, debe distribuirse proporcionalmente el *quantum* (SSTS de 1 de febrero, 12 de julio y 23 de septiembre de 1989), siendo la moderación de responsabilidades prevenida en el artículo 1103 CC, aplicable tanto a los casos de responsabilidad civil contractual como extracontractual (SSTS de 5 de octubre de 2006 y 724/2008, de 17 de julio).

Estos supuestos de convergencia de conductas negligentes generadoras del daño se han analizado, más correctamente, partiendo del punto de vista de entender que más que una manifestación de un *ius moderandi* (art. 1103 CC), conforman un verdadero problema de causalidad, en tanto en cuanto el artículo 1902 CC obliga a reparar el daño causado a otro, no la parte de éste susceptible de ser atribuido a otro sujeto de derecho, como la propia víctima. Desde esta perspectiva, la culpa exclusiva de la víctima rompe el nexo causal, mientras que la culpa concurrente lo rompe parcialmente, y, por ello, el agente no queda totalmente exonerado, sino parcialmente obligado a resarcir el daño causado, indemnizando a la víctima únicamente en la parte del daño que produjo o le es imputable.

Determinación de cuotas ideales de aporte causal concurrente al caso litigioso, para fijar la cuantía indemnizatoria en la concurrencia de culpas.—Ello requiere valorar las conductas de los distintos sujetos intervinientes, en el proceso desencadenante del evento dañoso producido, tanto individualmente como en su conjunto, para determinar la concreta contribución de cada uno de ellos en su génesis y correlativo deber de reparación proporcional del daño.

El buen sentido como índice de responsabilidad en la concurrencia de culpas.—En la indagación de si una concreta actuación previa ha sido causa directa e indirecta del daño sobrevenido, o de si varias de ellas han concurrido en igual o diferente proporción a su materialización, la jurisprudencia ha hecho referencia en numerosas ocasiones a que dentro del potencialmente infinito encadenamiento de causas y efectos la determinación del nexo causal entre el hecho de uno de los posibles agentes y el resultado dañoso ha de inspirarse en la valoración de aquellas circunstancias que el buen sentido señale como índice de responsabilidad (SSTS de 30 de diciembre de 1981 y 7 de enero de 1992), teniendo en cuenta, dentro de unas prudentes pautas, el sector del tráfico jurídico o el entorno físico y social donde se desarrollan los acontecimientos que preceden a un daño, pues no todos tienen la misma relevancia (STSS 3 de mayo de 1998 y 415/2003, de 29 de abril). (**STS de 20 de septiembre de 2021**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El demandante, que había sido contratado como monitor para dirigir un curso infantil por una entidad sin ánimo de lucro, sufrió un daño al acceder por iniciativa propia a la parte superior de un rocódromo a retirar un cable que había quedado suspendido en la parte alta de la citada instalación, para lo que precisó la utilización de un arnés de seguridad, que le fue colocado por una de las trabajadoras de la entidad mercantil que explotaba el parque temático infantil donde se encontraba el rocódromo. Al habersele colocado el arnés de forma incorrecta, el actor se precipitó al suelo desde seis metros de altura. Como consecuencia de dicha caída

sufrió diversas lesiones, que requirieron para su sanidad 17 días de hospitalización y 365 días de carácter impeditivo, y, además, le restaron varias secuelas funcionales, valoradas en 24 puntos, así como de naturaleza estética, apreciadas con la calificación de ligeras y cuantificadas con 4 puntos.

Se dio la circunstancia que la entidad sin ánimo de lucro tenía suscrito un contrato de seguro de accidentes, así como otro de responsabilidad civil. También, esta entidad había celebrado un convenio de colaboración con la sociedad que explotaba las instalaciones infantiles donde se encontraba el rocódromo que, a su vez, tenía un contrato de seguro de responsabilidad civil con otra compañía de seguros.

La demanda fue dirigida contra la entidad sin ánimo de lucro, contra la mercantil que explotaba las instalaciones temáticas infantiles y contra sus respectivas aseguradoras.

El juzgado estimó en parte la demanda al considerar que la causa del evento dañoso enjuiciado radicó en la propia imprudencia del demandante, que fue valorada en un porcentaje del 70 %, y, en menor medida, en un 30 %, en la contribución concausal negligente de una de las trabajadoras de la sociedad codemandada, que colocó incorrectamente al actor el arnés de sujeción. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación elevando la indemnización correspondiente al demandante. (*I. D.-L. S.*)

21. Responsabilidad civil médica: Aplicación del baremo de tráfico vigente a la fecha del siniestro, sin perjuicio de que la valoración económica de la indemnización se haga con arreglo a los importes que rigen en el año del conocimiento definitivo del daño sufrido.—A partir de las SSTS del Pleno 429/2007 y 430/2007, ambas de 17 de abril de 2007, constituye jurisprudencia reiterada que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona ese daño, sin perjuicio de que su valoración económica se haga, a efectos de concretar la indemnización correspondiente, con arreglo a los importes que rigen para el año en que se produzca el alta definitiva o estabilización de las lesiones sufridas por el perjudicado (En este mismo sentido, SSTS de 9 de julio de 2008, 18 de junio de 2009 y 5 de mayo de 2010, entre otras).

El carácter orientativo del baremo de tráfico no significa que el margen de arbitrio del tribunal llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente o los vigentes en un momento posterior.—Que el baremo se utilice con carácter orientativo y que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad donde ha acaecido el siniestro, no significa que el margen de arbitrio del tribunal llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente (y, en el caso de lesiones, la cuantía del punto vigente cuando se produce el alta definitiva) o los vigentes en un momento posterior (STS 460/2019, de 3 de septiembre). Por tanto, no cabe aplicar el baremo de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la

Ley 30/1995, de 8 de noviembre para determinar la valoración económica de los puntos, y el de la Ley 35/2015 para fijar la puntuación de la secuela padecida. (STS de 13 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los representantes legales de un menor ejercitaron una acción derivada de una responsabilidad por imprudencia médica contra una entidad aseguradora, a consecuencia de una mala praxis profesional del personal del Servicio Gallego de Salud, durante el parto que dio lugar al nacimiento del menor, que determinó que el recién nacido sufriera una distocia de hombros, cuya mala resolución tuvo como consecuencia una lesión de plexo braquial, generadora de secuelas de carácter psicofísico y estético. Además, la demanda se fundamentó en la falta de consentimiento informado respecto de la realización de un parto instrumental, con utilización de ventosa obstétrica.

El juzgado estimó parcialmente de la demanda, al condenar a la demandada a abonar a la parte actora, con aplicación del baremo establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, la suma total de 209.998,88 euros, por las lesiones y secuelas sufridas, así como a una indemnización, por daño moral, de 6.000 euros a cada progenitor, con los intereses del artículo 20 LCS, desde el 17 de marzo de 2015, fecha en que la entidad aseguradora tuvo conocimiento del siniestro. La audiencia apreció la indebida aplicación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al haber aplicado el Juez una norma, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, a hechos ocurridos en 2014, y reclamados en 2015, y ni siquiera con carácter orientativo, por lo que se rebajó la indemnización correspondiente a la suma de 178.593,50 euros. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación planteado por la demandada en el único sentido de rebajar la indemnización correspondiente a favor del menor a la suma de 152.762,85 euros.

NOTA.—La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, ha establecido un nuevo modelo para valorar los daños y perjuicios causados a personas en accidente de circulación de vehículos a motor, que sigue siendo conocido como *baremo*, y ha supuesto una mejora manifiesta de la normativa vigente con anterioridad. Una de sus particularidades es que hace explícitos los denominados *principios rectores del sistema*, que constituyen la pauta hermenéutica del baremo. Actualmente, el baremo tiene carácter vinculante y su aplicación se ha extendido sin carácter obligatorio, a otras áreas del Derecho, convirtiéndose en un referente para la valoración del daño. (I. D.—L. S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

22. Propiedad horizontal. Gastos de la comunidad de propietarios. Determinación del obligado al pago de los gastos de comunidad y suministros en los casos de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial.—La jurisprudencia tiene declarado que el propietario es el obligado al pago de las cuotas de comunidad, si bien el excónyuge al que le sea atribuida el uso de la vivienda familiar debe afrontar el pago de los suministros, sin perjuicio de lo que pueda acordar el juzgado de familia en los casos de crisis conyugal (art. 9 LPH) (SSTS 508/2014, de 25 de septiembre y 399/2018, de 27 de junio). (STS de 13 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—A partir de la falta de acuerdo de los excónyuges sobre a quién le correspondía el pago de las cuotas de comunidad y suministros de la vivienda familiar en un caso de divorcio, en el que el uso de la vivienda familiar, propiedad exclusiva del actor, fue atribuida a su exmujer, y donde la sentencia de divorcio no determinó quién sería el sujeto pasivo de la obligación de pago de estos gastos, el excónyuge propietario demandó a su exconsorte reclamándole la devolución de los importes satisfechos por el pago de la cuota ordinaria de comunidad de propietarios y la tasa de basura.

El juzgado y la audiencia estimaron la demanda, en base a que estos gastos deben ser asumidos por la ocupante de la vivienda como única parte que se beneficia de su utilización, y porque estos desembolsos pecuniarios derivan y son propios del mantenimiento y conservación del inmueble. El Tribunal Supremo acogió el recurso de casación interpuesto por la demandada en lo referente al importe de los gastos de comunidad, que imputa a cargo del propietario del inmueble. (C. O. M.)

23. Propiedad Horizontal. Impugnación de acuerdos por comuneros ausentes a junta de propietarios (art. 18.2 LPH): innecesaria oposición al acuerdo en el plazo de 30 días a su notificación.—Los ausentes a junta de propietarios poseen legitimación para impugnar los acuerdos tomados aunque no se opongan en el plazo de 30 días desde su notificación, de acuerdo con el artículo 17.8 LPH, salvo si la impugnación se funda en no concurrir las mayorías exigidas en la LPH (SSTS 930/2008, de 16 de diciembre, y 590/2020, de 11 de noviembre).

Criterios para determinar el carácter común de un elemento: ubicación y presunción de carácter común, e intrascendencia de su uso exclusivo por un propietario.—No cabe identificar un elemento que se encuentra puertas afuera de la vivienda con un vestíbulo referido en su descripción registral, por la diferente situación de ambos, pues el término vestíbulo suele describir el receptor de una vivienda, situado después de su entrada. Si del título constitutivo no se deduce, de forma clara, el carácter privativo de un espacio, éste goza salvo prueba en contrario de la presunción de ser común (STS 452/2009, de 4 de junio). No es obstáculo a tal calificación la utilización exclusiva de dicho espacio por un propietario. Ni convierte tal

elemento en privativo, la disfunción de que su suministro eléctrico se encuentre unificado en el contador de una vivienda.

Obligación de contribución a los gastos generales [art. 9 e) LPH].—No se incumple tal obligación por acordarse en junta de propietarios que los gastos por suministro eléctrico de un espacio común sean abonados por la comunidad a través de un cálculo aproximado de la cuantía del consumo; ni por asumir la comunidad el coste de limpieza de tal espacio al ser común.

Cómputo de mayorías para adopción de acuerdos comunitarios.—De acuerdo con el artículo 17.8 LPH deben computarse como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes que no hayan manifestado su discrepancia al acuerdo en los 30 días siguientes a su notificación.

Doctrina de los actos propios.—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 (STS 320/2020, de 18 de junio, con cita de otras). Por ello, la asunción por un propietario de un gasto comunitario durante un tiempo no es un acto propio de la comunidad demandada y, por tanto, no le impide a ésta adoptar un acuerdo para afrontar su pago. (STS de 15 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—Un comunero venía afrontando los gastos de limpieza y de suministro eléctrico por la iluminación de un espacio que se situaba puertas afuera de su vivienda y del que solo se servía él, porque la luminaria correspondiente se hallaba conectada al contador de su vivienda desde la construcción del edificio. Al cabo de los años solicitó a la junta de propietarios que asumiera dichos gastos, y particularmente que conectara la mencionada iluminación al contador de la comunidad. La junta, por unanimidad de los asistentes, quienes representaban el 29 % de las cuotas de participación, adoptó el acuerdo de asumir tales gastos. Para evitar obras de conexión, se comprometió a abonar anualmente al comunero el coste del consumo del punto de luz, calculado por un instalador, así como a sustituir la luminaria cuando fuera preciso. La promotora del edificio, quien era copropietaria, y no había asistido a la junta ni mostrado oposición al acuerdo en los 30 días siguientes a su notificación, interpuso demanda contra la comunidad solicitando su declaración de nulidad. Alegó que resultaba contrario a la ley y al título constitutivo, con fundamento en el carácter privativo del espacio objeto de litis. El Juzgado de Primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial apreció la falta de legitimación activa del demandante por no oponerse al acuerdo conforme al artículo 17.8 LPH. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación del actor y, asumiendo la instancia, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia dictada en primera instancia. (F. S. N.)

24. Propiedad horizontal. Las mancomunidades de propietarios antes de la reforma de la Ley 8/1999, de 6 de abril.—La jurisprudencia antes de la modificación del artículo 24 LPH, llevada efecto por Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la LPH, venía admitiendo la realidad jurídica de esta clase de mancomunidades.

Características de las mancomunidades de propietarios.—Consiste en la existencia de una pluralidad de fincas ligadas por un punto de conexión cifrado en la titularidad compartida, inherente a los derechos privativos sobre cada una de ellas, de elementos inmobiliarios de utilidad común, viales, instalaciones o servicios (véase STS 992/2008, de 27 de octubre).

Régimen legal de los complejos inmobiliarios privados: Las mancomunidades de propietarios.—Según el artículo 24.2 LPH, estos complejos pueden constituirse como una sola comunidad de propietarios, o bien como una agrupación de comunidades de propietarios.

Propiedad horizontal de hecho: La jurisprudencia las reconoce incluso en casos de falta de constitución y de funcionamiento formal de la propiedad horizontal.—La posibilidad de que haya situaciones regidas por las normas de la propiedad horizontal sin que haya habido título constitutivo lo reconoce el artículo 2 LPH en la redacción que le dio la Ley 8/1999, de 6 de abril, cuando dice que la ley será de aplicación no solo a las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo establecido en el artículo 5 LPH, mediante otorgamiento de título, sino también a aquellas comunidades que, reuniendo los requisitos del artículo 396 CC, no lo hubiesen otorgado (SSTS de 17 de julio de 2006, 28 de mayo de 2009, y 489/2021, de 6 de julio, entre otras).

Aplicación analógica de la LPH a los complejos inmobiliarios privados anteriores a la reforma de la Ley 8/1999, de 6 de abril.—La jurisprudencia se ha manifestado reiteradamente a favor de la aplicación analógica de la LPH a complejos inmobiliarios existentes con anterioridad a la reforma realizada por la Ley 8/1999, de 6 de abril (SSTS 357/2003, de 7 de abril, y 489/2021, de 6 de julio).

Mayorías necesarias para la adopción de acuerdos por la Junta de propietarios.—El artículo 17 LPH establece cuáles son las mayorías necesarias para la aprobación de los distintos acuerdos, susceptibles de ser adoptados por los titulares de los pisos y locales integrados en la correspondiente comunidad de propietarios, constituida bajo el régimen de propiedad horizontal. La importancia o trascendencia de la decisión a adoptar en cada caso determina los distintos *quórum*s exigibles para la aprobación de los correspondientes acuerdos sometidos a la Junta de propietarios.

Las mayorías exigidas son en todo caso ponderadas, bajo sendos criterios de necesaria y conjunta concurrencia por elementales razones de equidad, pues no basta la simple mayoría requerida de los propietarios votantes, sino también que supongan los porcentajes exigidos de cuotas de participación, al constituir éstas los módulos para determinar la participación en las cargas y beneficios de la comunidad.

Acta de la reunión de la Junta de propietarios: Relevancia de la expresión de las cuotas de participación.—La expresión de las cuotas de participación es relevante en este caso, puesto que la falta del cómputo de las mismas impide determinar si se alcanzó la mayoría exigida por el artículo 17.7 LPH.

La subsanación de los defectos del acta de la Junta está condicionada a que sea posible conocer si se ha cumplido con el régimen de mayorías.—La subsanación se condiciona a que sea factible la constatación de las cuotas de participación, por tanto, cuando no consta la voluntad debidamente exteriorizada por los copropietarios, se hace imposible la determinación de las mayorías. (STS de 13 de septiembre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los demandantes impugnaron los acuerdos comunitarios correspondientes a una mancomunidad formada por tres comunidades de propietarios de edificios que comparten el servicio de agua caliente y calefacción. En la reunión que dio lugar al litigio, la propuesta ganadora fue aprobada por 55 votos frente a 47. En el acta se hizo constar la relación de los asistentes, con la referencia a la comunidad y piso al que pertenecían, y mención a sus cuotas. Sin embargo, no se expresó el sentido del voto de cada propietario, ni las cuotas de participación que respectivamente representaban. Posteriormente, la Junta de Gobierno de los presidentes de las tres comunidades adoptaron los acuerdos pertinentes consecuencia de la Junta anterior.

El juzgado desestimó la pretensión de los propietarios disidentes. La audiencia revocó la sentencia de primera instancia al entender que, dada la redacción del acta, no era posible conocer ni el sentido del voto ni la cuota de participación que representaban los votos negativos y los votos positivos, lo que le llevó a declarar la nulidad de los acuerdos porque no se podía constatar las mayorías de personas y cuotas exigidas por la Ley. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

DERECHO DE FAMILIA

25. Guarda y custodia de menores. Nulidad de actuaciones.—En el recurso extraordinario por infracción procesal se entremezclan de forma indiscriminada, con técnica casacional cuestionable, infracciones procesales de diferente naturaleza (falta de motivación y de congruencia) y que, en vez de acumularse en un solo motivo, debieran haberse denunciado de forma separada y en motivos independientes. La falta de congruencia, como tal, no está razonada. En el discurso argumental de la recurrente se identifica con la falta de motivación y se justifica de la misma forma. Sin embargo, congruencia y motivación no son lo mismo. Como ha dicho la STS 453/2021, de 28 junio: una sentencia es incongruente si concede más de lo pedido (*ultra petita*); se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*); se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida; por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitum*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte. En el caso, la sentencia recurrida no concede más de lo pedido ni se pronuncia fuera o al margen de lo suplicado ni deja de contestar a y resolver sobre lo pretendido. Se promovió una demanda de modificación de medidas, para constituir una custodia exclusiva por otra compartida. La sentencia de primera instancia desestimó la solicitud y la de segunda instancia, de manera diferente, y acogiendo el recurso de apelación, entendió que procedía estimarla. Nada de incongruente hay en esto.

La sentencia tampoco adolece de falta de motivación. La STS 504/2021, de 7 julio, declara que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión,

es decir la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla. En el caso, la sentencia recurrida exterioriza y da a conocer de forma muy clara y por contraposición a la sentencia de primera instancia (que consideró que la situación de enfrentamiento y el elevado nivel de controversia existente entre los progenitores hacía inviable el régimen de custodia compartida) la razón de su decisión. Su justificación se expone a través de la siguiente secuencia argumental: (i) en la sentencia de divorcio se atribuyó la guarda y custodia de los menores a la madre, en virtud del acuerdo al que habían llegado los esposos, y se fijó el régimen de visitas a favor del padre; (ii) sin embargo, desde el primer momento, la madre ha venido incumpliendo y poniendo obstáculos al ejercicio del derecho de visita que tiene reconocido el padre, impidiendo que éste pueda relacionarse con normalidad con sus hijos, (iii) teniendo en cuenta esta circunstancia y que las desavenencias conyugales (que la sentencia no niega) no impiden por sí mismas la adopción del régimen de custodia compartida cuando sea más beneficiosa para el menor; (iv) y como quiera que es beneficioso para el menor relacionarse con los dos progenitores y no solo con uno de ellos, para así alcanzar una plenitud de vida emocional, personal y familiar, en conexión con ambas ramas familiares y no solo con una; (v) entonces la conclusión es que el interés actual de los menores aconseja la conversión de la custodia exclusiva en custodia compartida. Por tanto, existe motivación. Que no sea del gusto de la recurrente o que ésta no la considere acertada, entendiéndola que la jurídicamente y ajustada al principio del interés superior del menor es la que expone la sentencia de primera instancia para desestimar la demanda, resulta una cuestión distinta y que no puede ser objeto de este recurso, sino materia, en su caso, del recurso de casación. En conclusión, se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de casación.—Se plantea un motivo único de casación en el que se alega la infracción de los artículos 92 CC y 9 LOPJM. El motivo hay que analizarlo partiendo de los siguientes hechos incontrovertidos: (i) Los hijos menores de los litigantes (de 4 y 9 años de edad cuando se presentó la demanda que dio inicio al proceso) no fueron oídos ni en primera ni en segunda instancia en relación con la cuestión controvertida: modificación de la medida relativa a su custodia, sustituyendo la custodia exclusiva (atribuida en la sentencia de divorcio a su madre), por la custodia compartida; (ii) por otro lado no hay justificación, ni siquiera explicación del hecho anterior, en ninguna de las sentencias, ni en la de primera ni en la de segunda instancia. Dice el artículo 92, apartados 2 y 6, CC, que el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. Y el artículo 9.1 LOPJM establece que en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando de preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le

pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. En el artículo 9.2 se establece, cuando tenga suficiente madurez, que pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga 12 años cumplidos. Cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, se podrá emplear a sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o hacerlo a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir la opinión del menor objetivamente. En el artículo 9.3 se dispone que siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por representante, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

El derecho del menor a ser «oído y escuchado» goza de un amplio reconocimiento en los acuerdos internacionales que velan por la protección de los menores de edad, referencia obligada para los poderes públicos internos de conformidad con los artículos 10.2 y 39.4 CE. Forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, según abundante jurisprudencia constitucional (STC 221/2002, de 25 noviembre). El Tribunal Supremo ha establecido sobre la «audiencia», «exploración o «derecho a ser oído», una doctrina reiterada (SSTS 413/2014, de 20 octubre, 157/2017, de 7 marzo, 578/2017, de 25 de octubre, 18/2018, de 15 enero, 648/2020, de 30 noviembre y 548/2021, de 19 julio). De ellas cabe extraer a modo de líneas directrices, las dos siguientes premisas: (i) La audiencia o exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida y mejor protección y, en su caso debe ser acordada de oficio por el tribunal; (ii) aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquél, por lo que es posible, siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescinda de su audición o que se considere más adecuado que su exploración se lleve a cabo por un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo de modo indicado, será necesario que lo resuelva de forma motivada.

En el presente caso, ni se ha oído a los menores ni se ha resuelto de forma motivada sobre su audiencia. Es cierto que ninguna de las partes la solicitó. Ni en primera ni en segunda instancia. Pero que no lo hicieran no implicaba que no hubiera que practicarla. Conforme a la jurisprudencia citada debía haberse acordado de oficio, o, en vista de la edad de los menores, haberse descartado motivadamente.

La sentencia recurrida se ha dictado sin que nada de lo anterior se haya hecho. Se han quebrantado las normas legales que el recurso cita; se ha desatendido la jurisprudencia establecida sobre el derecho de los menores a ser oídos y vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. Procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia y retrotraer las actuaciones al momento anterior al de su dictado para que, antes de resolver sobre la modificación de medidas, se haga efectivo el derecho de los menores a ser oídos y

escuchados sobre su guarda y custodia. La solicitud del Fiscal que propugna la casación para que se confirme la sentencia de primera instancia no puede ser acogida.

Costas y depósitos.—Al desestimarse el recurso extraordinario por infracción procesal procede imponer las costas a la parte recurrente. Al estimarse el recurso de casación no procede hacer expresa condena en costas. Debe disponerse la devolución de la totalidad del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal. (STS de 27 de julio de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

NOTA.—La guarda y custodia compartida es institución cada vez más aplicada por nuestros Tribunales y la presente resolución judicial es un buen ejemplo tanto para la filiación matrimonial, como no matrimonial. Contribuirá, sin duda, a su perfeccionamiento en la práctica. (G. G. C.)

26. Modificación judicial del régimen de guarda y custodia de los hijos menores.—Al tomar cualquier decisión que afecte a un menor, y en particular al establecer o modificar el régimen de su guarda y custodia, ha de primar siempre su interés superior. Como ha establecido el Tribunal Supremo, este constituye un concepto jurídico indeterminado que no puede ser decidido en abstracto, sino que requiere valorar el conjunto de circunstancias concretas de la familia y, muy particularmente, los deseos expresados por los menores, en función de su edad y madurez. En la sentencia extractada, nuestro Alto Tribunal reconoce el peso que en este ámbito tienen los informes de los equipos psicosociales, así como la importancia de la estabilidad del entorno familiar, pero concluye que ninguno de estos factores es vinculante para el Juez ni le impide acordar una modificación del régimen cuando el cambio de circunstancias lo requiera. (STS de 19 de octubre de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Tras su divorcio en 2016, el Juez de Primera Instancia atribuyó a la madre (A) la guarda y custodia de los hijos, estableciendo en favor del padre (B) un régimen de visitas amplio. Dos años después, B solicita que se le atribuya la guarda y custodia para trasladarse con los hijos a Varese, Italia, a lo que A reconviene pidiendo una reducción del régimen de visitas del padre.

En primera instancia se desestiman ambas peticiones, apoyándose en un informe de los equipos psicosociales que, aunque reconoce el deseo de los hijos de vivir con su padre, no considera que sea lo más conveniente para su futuro. Interpuesto recurso de apelación por ambos progenitores, la Audiencia Provincial vuelve a desestimar la petición de A, pero sí estima la de B, atribuyéndole la guarda y custodia durante cuatro años y estableciendo en favor de A el mismo régimen de visitas del que venía disfrutando el padre. En dicho pronunciamiento no queda claro si el régimen se establece exclusivamente para residir en Varese.

Contra dicha sentencia A interpuso recurso de casación por dos motivos: infracción del artículo 91 CC al modificar el régimen de guarda y custodia sin que concurren circunstancias nuevas e inco-

recta interpretación del interés superior de los menores. El Alto Tribunal desestima el primer motivo porque considera que el cambio de residencia del padre y la voluntad de los hijos de vivir con él constituyen un cambio de circunstancias que modifica la medida. En cuanto al segundo, la sentencia extractada analiza la decisión de la Audiencia Provincial y comparte sus argumentos, en particular, que los informes de los equipos psicosociales no son vinculantes, sino que debe tenerse en cuenta el conjunto de circunstancias que rodean el caso y, especialmente, los deseos y voluntad de los hijos en función de su edad y madurez. También entra a valorar los hechos nuevos alegados por A acaecidos después de recaer la sentencia recurrida, pues las formalidades procesales deben flexibilizarse para atender al interés superior del menor, pero termina considerando irrelevantes estos factores. El único punto en el que admite el recurso de casación es en lo relativo a la pretendida vinculación del régimen de custodia a la fijación de la residencia en Varese, que considera incorrecta, aunque resalta el deber de B de comunicar a los tribunales cualquier posible cambio de residencia para que vuelvan a pronunciarse sobre la guarda y custodia.

NOTA.—La LOPJM ha sido modificada por la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (LOPIVI). Entre otros cambios, se reforma el artículo 2.5.c) LOPJM para incluir una presunción de conflicto de interés cuando la medida decidida por los progenitores, tutores o representantes sea contraria a la opinión del menor, además de introducir nuevos criterios para interpretar el interés superior del menor (art. 4 LOPIVI). (C. C. S.)

27. Determinación de la cuantía y la duración de la pensión compensatoria. Efectos de la reducción de la cuantía de la pensión compensatoria en segunda instancia respecto de la fijada en primera instancia.—El establecimiento de un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC. Estos factores permiten valorar la idoneidad o aptitud del potencial beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Ello supone la necesidad de realizar un juicio prospectivo, para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

Pero a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella, el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación. El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio.

Con relación a la reducción de la pensión compensatoria en segunda instancia respecto de la determinada en primera instancia, es a la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia a la que debe estarse para fijar los efectos de la pensión compensatoria, con independencia de que fuera la sentencia de segunda instancia la que, al valorar los mismos hechos de una manera diferente, elevara la cuantía de la pensión compensatoria. La cuantía fijada por la sentencia de segunda instancia produce efectos desde la sentencia de primera instancia en la que se reconoció el derecho a la pensión compensatoria.

De tal modo, una eventual reducción de la pensión compensatoria efectuada en la sentencia de apelación es operativa desde la sentencia de primera instancia. (STS de 8 de octubre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Fausto interpone demanda de divorcio contra Benita. La demanda es estimada, imponiendo una pensión compensatoria de 1.000 € al mes a percibir por Benita durante 9 años.

Fausto recurre en apelación. El recurso es parcialmente estimado, de modo que la pensión compensatoria que Fausto debe pagar a Benita queda fijada en 300 € al mes durante 5 años.

Benita interpone recurso de casación. El recurso es desestimado, al entenderse que en la sentencia recurrida la cuantía de la pensión compensatoria se aprecia con prudencia y corrección, al considerar de forma conjunta tanto los ingresos actuales de Fausto y Benita como el patrimonio mobiliario e inmobiliario que ha amasado durante el matrimonio. Asimismo, se establece que la reducción de la pensión compensatoria en la segunda instancia tiene efectos desde la notificación de la sentencia de primera instancia. (T. R. C.)

28. Régimen económico-matrimonial de gananciales.—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el ingreso de dinero privativo en una cuenta bancaria de cotitularidad de ambos cónyuges no le atribuye carácter ganancial. El carácter privativo viene determinado por el origen individual de los ingresos efectuados, destinados al levantamiento de las cargas familiares. Habida cuenta de la inexistencia de actos jurídicos de inequívoca significación que demuestren su ánimo de liberalidad, procede el derecho de reembolso, de conformidad con el artículo 1364 CC. (STS de 27 de septiembre de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El presente asunto enjuicia la impugnación del inventario de bienes de la liquidación de una sociedad de gananciales, en atención a la incorporación de unos fondos a una cuenta bancaria de titularidad común de ambos cónyuges, y su eventual consideración de bien ganancial o privativo.

En este sentido, la demandante reclama un crédito a su favor frente a la sociedad de gananciales por razón de los bienes que se adjudicó en la herencia de sus padres, concretamente, las cantidades de 10.400 euros procedentes de un fondo de inversión, y 51.397 procedentes de la venta de un inmueble, por tratarse de bienes privativos, según el artículo 1346.2 y 3 CC.

NOTA.—El Tribunal Supremo, de conformidad con su doctrina jurisprudencial, ha venido considerando que el mero hecho del ingreso de dinero privativo en una cuenta de titularidad común de los cónyuges, vigente el régimen económico matrimonial, no atribuye a dicho dinero la condición jurídica de ganancial. Para ello, considera nucleares diversos elementos, referidos a continuación.

En primer lugar, los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a las relaciones internas entre ambos titulares, y, más concretamente, a la originaria procedencia de los fondos de que se nutre la cuenta para determinar su titularidad.

En segundo lugar, la persona que invoque el ánimo de liberalidad del ingreso debe justificarlo.

En tercer lugar, para que pudiera reputarse como ganancial, sería preciso la expresión de una voluntad clara en tal sentido, de modo que, en otro caso, en la liquidación, hay que estar al origen de los fondos.

En cuarto lugar, 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, a falta de prueba, se presume que se gastó en interés de la sociedad.

En quinto lugar, el mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta no permite atribuirle carácter ganancial. En consecuencia, si se emplea en el levantamiento de las cargas familiares, o para la adquisición de bienes a los que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyen carácter ganancial, surge un derecho de reembolso a favor de su titular, aunque no hiciera reserva de ese derecho en el momento del ingreso del dinero en la cuenta.

En sexto lugar, el acuerdo de los cónyuges para atribuir carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición, a la vez que genera un crédito por el valor satisfecho a costa del caudal propio de uno de los cónyuges. (C. A. C.)

DERECHO MERCANTIL

29. Concurso de acreedores. Complicidad concursal: determinación y requisitos.—El cómplice es un tercero, en tanto que cooperador en una conducta ajena del deudor o de quienes actúan por él, que determina la calificación culpable del concurso. Por ello, la persona que de alguna manera interviene en la realización de esa conducta no puede ser declarada al mismo tiempo persona afectada por la calificación, para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse dos requisitos: por un lado, que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; por otro, la cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado,

o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación. La generalidad con que se pronunciaba el artículo 166 LC, *cualquier acto*, no relevaba a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión consideraba constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción había de basarse en una actividad probatoria suficiente y había de determinar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que era declarado cómplice y los concretos actos de generación o agravación de la situación de insolvencia, que hubieran fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los artículos 164 y 165 LC. La actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no solo a dicha actuación, sino que también ha de constatarse su voluntariedad, esto es, que haya *consilium fraudis* o ánimo de defraudar o, cuando menos, *consciis fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

Responsabilidad de los cómplices relativa a la cobertura del déficit concursal.—Esta responsabilidad solo está prevista para determinadas personas afectadas por la declaración de culpabilidad del concurso, pero no para los cómplices. Respecto de los cómplices, la Ley Concursal prevé una consecuencia general, consistente en la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores en el concurso; y otras consecuencias particulares, en función de la conducta desarrollada, y que pueden consistir en la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa, o en la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados. Así la jurisprudencia ha sostenido que en la sentencia que califica el concurso como culpable es necesario determinar cuáles son las conductas que determinan esa calificación y cómo han participado en ellas tanto las personas afectadas por la calificación como los cómplices. Una vez determinado lo anterior, la condena a dichos cómplices ha de ser consecuencia de su participación en esas conductas. En concreto, la condena a indemnizar los daños y perjuicios debe ser consecuencia de los concretos daños y perjuicios causados por la conducta en cuya realización han participado, y en atención a dicha participación. No puede acordarse una condena *en globo* que no discrimine entre las causas de calificación del concurso como culpable en las que hayan participado los cómplices y aquellas en las que no hayan participado y que no tenga en cuenta la importancia de su participación en tales conductas. (STS de 14 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La administración concursal de la entidad mercantil I. O. SL presentó informe para la calificación del concurso contra M., G. J. y F. M. P., SL en el que solicitaba la declaración como culpable del concurso de I. P. SL, así como que se declare a M., F. M. P., SL, G. y J. como personas afectadas por la calificación y, a los tres últimos, como cómplices, así como que se inhabilite a todos ellos por un período de ocho años junto con la condena solidaria a satisfacer, en concepto de daños y perjuicios, la totalidad del pasivo concursal que no resultare cubierto con las operaciones de liquida-

ción, hasta determinada cantidad, más los costes de cancelación y las responsabilidades pecuniarias de todo orden, derivados de las hipotecas constituidas en favor del Estado hasta el límite que le fueran exigidos o exigibles a la entidad mercantil concursada. P., SL, y también que se condene solidariamente a M., G. J. y F. M. P., SL a pagar a la masa activa del concurso, el (100 %) del importe de los créditos que no perciban los acreedores en la liquidación de la masa activa. El Ministerio Fiscal emitió informe solicitando la calificación del concurso como culpable. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante calificó el concurso de I. P., SL como culpable y a M., G. J. y F. M. P., SL como personas afectadas por esta calificación, inhabilitando a M., G. J. durante cinco años para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales, al tiempo que extiende solidariamente a M., G. J. y F. M. P., SL la responsabilidad por las deudas sociales no satisfechas hasta el importe solicitado, así como los gastos de cancelación y responsabilidades pecuniarios de todo orden por la constitución hipotecas a favor del Estado en las fincas reintegradas al concurso, declarando la pérdida de cualquier derecho que pudieren tener como acreedores concursales o contra la masa, con la condena en costas de manera solidaria. Recurrida en apelación por la representación procesal de M., G. J. y F. M. P., SL, la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante estimó parcialmente el recurso, revocando la sentencia de instancia únicamente en el sentido de dejar sin efecto todos los pronunciamientos relativos a los recurrentes, dado que la administración concursal no había solicitado aclaración alguna respecto de la confusión en que había incurrido la sentencia de primera instancia, entre personas afectadas por la declaración de culpabilidad y los cómplices, y no había formulado recurso de apelación, así como que, el ámbito de conocimiento en segunda instancia, impedía pronunciarse sobre la complicidad, manteniendo el resto de la resolución recurrida, sin hacer especial imposición de las costas ocasionadas en la alzada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

30. Garantes del concursado. Carga de la prueba sobre la aceptación del acreedor del convenio concursal.—Cuando el demandante interpuso la demanda en la que reclamaba al demandado fiador solidario la devolución del préstamo que había afianzado, no se había aprobado el convenio en el concurso de acreedores del deudor principal. La aprobación del convenio en el concurso del deudor principal es un hecho posterior, que se puso en conocimiento del juzgado durante la audiencia previa. Bajo esas circunstancias, para que prosperara su acción, el demandante corría con la carga de acreditar la existencia y exigibilidad de la obligación afianzada por el demandado, que presuponía el incumplimiento de la obligación de pago por parte del demandado y la procedencia del vencimiento anticipado, así como el propio afianzamiento (art. 217.2 LEC). Por su parte, el demandado debía acreditar no solo la existencia del convenio y su aprobación judicial, sino también que el acreedor lo había aceptado (art. 217.3 LEC), si pretendía que resultara de aplicación el

artículo 135.2 LC. En nuestro caso, por la forma en que se lleva a cabo la aceptación del convenio por parte de los acreedores, ya sea en la junta o mediante adhesiones por escrito, queda constancia de qué acreedores votaron a favor de la propuesta o se adhirieron, así como del importe de sus créditos para poder calcular el cumplimiento de las mayorías legales. Por esta razón, para acreditar que el demandante había aceptado el convenio bastaba aportar la certificación de la votación, que estaba unida como anexo al convenio. Como el fiador demandado era administrador de la sociedad deudora, a quien representaba en el concurso en aquel momento, tenía acceso directo al acta en la que constaban los acreedores que habían aceptado la propuesta de convenio, por lo que gozaba de facilidad para probar este hecho (art. 217.7 LEC).

Efectos de la aprobación de un convenio frente a los garantes del concursado.—El artículo 135 LC regulaba los efectos de la aprobación de un convenio respecto de los derechos que un acreedor concursal pudiera tener «frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas». La norma distinguía dos escenarios: el primero, que el acreedor no hubiera votado a favor del convenio; y el segundo que hubiera votado a favor del convenio. En el primer caso, si el acreedor no hubiera votado a favor, esto es, no hubiera aceptado la propuesta de convenio, el artículo 135.1 LC prescribía que el convenio finalmente aprobado no afectaba a los derechos que tuviera ese acreedor «frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas». Esta norma ha pasado al artículo 399 TRLC, que sustancialmente no ha cambiado. En un caso como el presente, en que no consta acreditado que el acreedor demandante hubiera aceptado el convenio, los derechos que tenía frente al fiador demandado no se veían afectados por el contenido del convenio. En consecuencia, vencida de forma anticipada la obligación como consecuencia del incumplimiento de la prestataria, la demandante tiene derecho a reclamar la obligación garantizada al fiador. Pero, incluso si se hubiera acreditado que el acreedor demandante había aceptado el convenio, las consecuencias en este caso serían las mismas. El artículo 135.2 LC regulaba los efectos de la aprobación del convenio frente a los terceros obligados solidarios con el concursado y los fiadores, en el caso en que el acreedor hubiera votado a favor del convenio. La norma no prevé como efecto consiguiente a haber aceptado el convenio la pérdida de los derechos frente a los obligados solidarios y los fiadores o avalistas, como parece desprenderse de la argumentación de la sentencia recurrida, sino que la responsabilidad de estos se rija por las normas que regulan las obligaciones que hubieran contraído o por los convenios o pactos que sobre el particular hubieran establecido. En nuestro caso, consta acreditado que las partes habían pactado que la aceptación por la prestamista demandante de un convenio en el concurso del deudor principal, con quitas y esperas, no impediría la plena subsistencia de los derechos de este acreedor frente a los fiadores no concursados. Dicho de otro modo, los efectos del convenio sobre el afianzamiento prestado por el demandado se regían por lo que habían pactado en la póliza que recoge el afianzamiento, que expresamente preveía que el contenido del convenio no afectaría a los derechos del acreedor frente al fiador. (STS de 29 de septiembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 29 de marzo de 2016 se declaró el concurso de acreedores voluntario de las entidades Quintero Terrasa, S. L. y Quintero Buildings, S. L. Unos años antes, el 30 de junio de 2009,

Caixabank había concedido a Quintero Terrasa, S. L. un préstamo mercantil por 60.000 euros, con la fianza solidaria del administrador de la prestataria. La última cuota de devolución del préstamo data del 1 de abril de 2016. El 1 de marzo de 2017, el banco comunicó a la prestataria el vencimiento de la póliza y su liquidación en fecha 28 de febrero de 2017. El saldo deudor a fecha 3 de marzo de 2017 era de 26.341,38 euros. El 1 de septiembre de 2017, el juzgado de lo mercantil que conoce del concurso de acreedores aprobó un convenio de acreedores.

Con anterioridad, el 16 de mayo de 2017, Caixabank interpuso una demanda de juicio ordinario en la que, además de que se declarara el vencimiento anticipado de la póliza de préstamo de 30 de junio de 2009, solicitaba condena del fiador al pago del saldo deudor al tiempo de interponerse la demanda, así como a los intereses moratorios desde la interpelación judicial, al tipo pactado. Después de la contestación a la demanda, en la que el fiador se opuso a la reclamación, cuando se celebró la audiencia previa se puso en conocimiento del juzgado que el 1 de septiembre de 2017 se había aprobado un convenio en el concurso de acreedores. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda porque Caixabank no había acreditado que no hubiera aceptado el convenio aprobado, y la carga de la prueba le incumbía a ella.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Caixabank. La Audiencia desestima el recurso, pues el hecho de haber votado a favor del convenio o en contra de este debía ser probado por el actor.

Frente a la sentencia de apelación, Caixabank ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso por infracción procesal, lo que hace innecesario el análisis del recurso casación. (*J. M.^a M. F.*)

31. Retroactividad impropia de la retribución de los administradores concursales.—De conformidad con la Sala Primera del Tribunal Supremo, no ha quedado derogada la limitación temporal, de doce meses, del derecho de los administradores concursales a cobrar la retribución durante el periodo de liquidación, respecto de los concursos de acreedores en los que la fase de liquidación se abrió con anterioridad a la entrada en vigor de la DT 3.^a de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. (**STS de 28 de septiembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En el concurso de acreedores de González Peraleda, S. A., se abrió la fase de liquidación mediante Auto de 3 de septiembre de 2014. El plan de liquidación fue aprobado el 13 de enero de 2015. La fase de liquidación permanecía abierta cuando se presentó la demanda de incidente concursal, el 29 de noviembre de 2017, y por Auto de 7 de mayo de 2015, se abrió la fase de liquidación.

La Tesorería General de la Seguridad Social presentó una demanda de incidente concursal. En ella, pedía que fuera declarado que la

administración concursal no tenía derecho a percibir retribución alguna, a partir de la entrada en vigor de la DT 3.^a de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, por el transcurso de doce meses desde la apertura de la liquidación, solicitando la devolución de las cantidades percibidas.

El Juzgado de lo Mercantil competente desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial competente desestimó el recurso de apelación al entender que no cabía una aplicación retroactiva de una norma no favorable o restrictiva de derechos.

NOTA.—Respecto del ámbito temporal de aplicación de la DT 3.^a de la Ley 25/2015, el Tribunal Supremo considera que se trata de un supuesto de retroactividad impropia, en atención a los siguientes argumentos.

En primer lugar, a la relación jurídica consiguiente al nombramiento de un administrador concursal, cuyo régimen legal y reglamentario, al tiempo de abrirse el concurso de acreedores, no establecía limitación temporal al cobro de honorarios durante la fase de liquidación, se le aplica la limitación temporal de cobro que establece dicha disposición.

En segundo lugar, no es una auténtica aplicación retroactiva porque no afecta a derechos adquiridos, sino a una expectativa de cobro de unas retribuciones como administrador concursal, que en fase de liquidación se devenga mes a mes y, lógicamente, mientras dure la liquidación. El derecho a la retribución se va adquiriendo conforme se va cumpliendo cada mes en el ejercicio de la función. Por tanto, hubiera habido retroactividad propia si se hubiera aplicado la limitación al periodo anterior a la entrada en vigor del referido precepto.

En tercer lugar, la retroactividad impropia de esta disposición está justificada por la propia ratio del precepto: evitar la prolongación de los concursos en fase de liquidación más allá de los doce meses, y tratar de que esta prolongación no genere más costes para la masa. (C. A. C.)

DERECHO PROCESAL

32. Laudo arbitral. Efectos de cosa juzgada negativa.—Por varias razones, el laudo arbitral que impone a una sociedad una obligación pecuniaria no tiene efecto de cosa juzgada negativa en el litigio en que se decide si una sociedad resultante de una escisión parcial de la sociedad condenada en el laudo responde solidariamente de esa obligación. La primera, porque la sociedad hoy demandada no fue parte en aquel proceso arbitral, por lo que no se cumple el requisito de identidad subjetiva exigido por el artículo 222.3 LEC. La segunda, porque tampoco la pretensión ejercitada coincide en uno y en otro litigio: en aquel, el fundamento de la acción era la existencia de cierto acuerdo entre las partes al que se pretendía dar cumplimiento; en este, la existencia de una escisión parcial, posterior al nacimiento de la obligación declarada en el laudo arbitral, de la que nacería una responsabilidad solidaria para la demandada respecto de una de las sociedades que resultó condenada

en el laudo arbitral. Por tanto, falta el requisito de identidad de objeto que exige el artículo 222.1 LEC.

Trascendencia del proceso concursal respecto del obligado solidario con el concursado.—El hecho de que la sociedad a la que el laudo condenaba al cumplimiento de determinada obligación pecuniaria haya sido posteriormente declarada en concurso no impide que el acreedor de la concursada entable una acción contra la sociedad resultante de la escisión parcial de la concursada para exigirle la responsabilidad solidaria. La eficacia del convenio concursal respecto de los obligados solidariamente con el concursado se regula en el artículo 135 LC. Conforme al apartado primero de este precepto, los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por este en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado (y frente a sus fiadores o avalistas), quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos. Conforme al apartado segundo, la responsabilidad de los obligados solidarios (y de los fiadores o avalistas del concursado) frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por los convenios que sobre el particular hubieran establecido y, a falta de estos pactos, por las normas aplicables a la obligación que hubieran contraído. Por tanto, la existencia de un convenio no impide que el acreedor se dirija contra el obligado solidariamente con el deudor, sin perjuicio de que cuando se haya aprobado un convenio concursal, habrá que tomar en consideración cuál ha sido el voto del acreedor y, caso de que haya sido favorable a la aprobación del convenio, tomar en consideración qué prevén los pactos celebrados entre el acreedor y el obligado solidario y, a falta de estos, qué prevén las normas aplicables a la obligación que hubiere contraído. En el presente caso, no se ha alegado que en el concurso del deudor se aprobara un convenio con el voto favorable del demandante. Es más, de la propia documentación aportada por la demandada resulta que en dicho concurso no se alcanzó un convenio y se abrió la fase de liquidación. Por tanto, el concurso del deudor no supone impedimento alguno respecto de la acción ejercitada por el demandante. **(STS de 20 de octubre de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó a Horizonte Corporativo, S. L. (en lo sucesivo, Horizonte) a pagar al demandante Mauricio 1.200.000 euros que este le reclamó como sociedad beneficiaria de la escisión de Inversora de Laredo y Santander, S. L. (en lo sucesivo, Inlasa), a la que, según entendió el juzgado, un laudo arbitral condenaba al pago de 1.200.000 euros al demandante con base en un acuerdo marco suscrito entre las partes en 2007. La Audiencia Provincial, ante la que apeló Horizonte, revocó dicha sentencia y absolvió a Horizonte porque estimó que el efecto de cosa juzgada del laudo arbitral suponía que «los efectos del laudo deben conseguirse a través de su ejecución ante el órgano que corresponda» y, en segundo lugar, porque estando la sociedad escindida, Inlasa, declarada en concurso «los acreedores quedan sometidos al principio *par conditio creditorum*, que impide que cada uno de ellos pueda reclamar a su antojo el crédito que se le haya reconocido provisionalmente en el concurso [...]».

El demandante ha interpuesto contra esa sentencia un recurso extraordinario por infracción procesal. El Tribunal Supremo estima el recurso por infracción procesal. *(J. M.^a M. F.)*

