

## Sentencias

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

Colaboran: **Cristina ARGELICH COMELLES** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Profesor titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **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 contratado doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Jose María MARTÍN FABA** (Profesor ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Ricardo PAZOS CASTRO** (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor asociado 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

## DERECHO DE LA PERSONA

**1. Derecho a la propia imagen. Intromisión ilegítima. Publicación de la fotografía de la actora en un reportaje de televisión después de que se hubiera acordado el cese de la difusión de dicha imagen.**-Actora y demandada llegaron a un acuerdo para no difundir la imagen objeto de litigio, como resulta del contenido del contrato transaccional suscrito con fecha 30 de octubre de 2014. En estos casos, el consentimiento es relevante y las partes manifestaron expresamente su voluntad concorde de que la difusión de la imagen de la actora a través de su fotografía no se llevara a efecto, a cambio de lo cual la demandante desistía de un procedimiento judicial, promovido al amparo de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

El núcleo de tal derecho fundamental abarca «determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública» y «su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde», y, por lo tanto, comprende «la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental» (por todas, SSTC 23/2010, de 27 de abril; 12/2012, de 30 de enero; 19/2014, de 10 de febrero y 25/2019, de 25 de febrero).

Tal derecho abarca sendos aspectos, que conforman su contenido. Uno positivo, derivado de la facultad personalísima de su titular de difundir o autorizar la difusión de la propia imagen; y otro negativo, de impedir que la misma sea captada o reproducida sin su expreso consentimiento.

**Inexistencia de lesión al derecho al honor: noticia veraz de indiscutible interés general sin utilización de términos vejatorios.**-Una cosa es la lesión del derecho fundamental de la actora a su propia imagen, que fue vulnerado, al no proceder la demandada a retirar su fotografía en los términos convenidos; y otra bien distinta, la afectación de su derecho al honor que, en este caso, no consideramos lesionado, en cuanto la noticia difundida sobre su persona era veraz, se encontraba contrastada, tenía un indiscutible interés general, sin que se utilizasen tampoco términos vejatorios contra su persona constitutivos de injustificados excesos verbales que la difamasen, con lo que debe prevalecer el derecho fundamental de la libertad de información sobre el derecho al honor, al darse para ello los elementos de ponderación reconocidos por la jurisprudencia (SSTS 76/2020, de 4 de febrero; 252/2020, de 3 de junio; 478/2020, de 21 de septiembre y 491/2020, de 28 de septiembre, entre otras muchas).

**Indemnización de daños y perjuicios. Presunción del perjuicio con la acreditación de la intromisión ilegítima. Cuantificación: facultad de los tribunales de instancia.**-Dada la presunción *iuris et de iure*, esto es, la existencia de un perjuicio indemnizable (SSTS de 5 de junio de 2014 y 21 de junio de 2018), el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, para la cual ha de tenerse en cuenta y pon-

derar las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS 964/2000, de 19 de octubre, y 12/2014, de 22 de enero).

Es jurisprudencia pacífica sintetizada en las SSTS 719/2018, de 19 de diciembre, y 474/2020, de 21 de septiembre, que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión ha de respetarse en casación, salvo que no se hubiera atendido a los criterios legales que establece el artículo 9.3 Ley Orgánica 1/1982 o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción.

**Procede revisar la indemnización al no estimarse la lesión del derecho al honor.**-Al no considerarse vulnerado el derecho al honor de la demandante es preciso revisar la indemnización acordada por mor de tan trascendente circunstancia, contemplada expresamente en el artículo 9.3 LO 1/1982, que se refiere a la gravedad de la lesión efectivamente producida, por todo lo cual, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, fijamos la indemnización en la suma de 15.000 euros.

**La publicación del fallo de la sentencia ex artículo 9.2 a) LO 1/1982 de 5 de mayo: Finalidad. No procede que la publicación se realice con la simple expresión de las iniciales del nombre y apellidos del demandante.**-Nos hallamos ante una medida cuya finalidad consiste en reponer a la actora en su derecho fundamental lesionado, a los efectos compensar los perjuicios ocasionados con su infracción, siendo ésta la razón teleológica que justifica el mandato normativo del artículo 9.2 a) LO 1/1982, precisamente en función del mismo la sentencia de la Audiencia no estimó que se hiciese constar el nombre y apellidos del letrado de la demandante, como tampoco tiene sentido la publicación del fallo de la sentencia con la simple expresión de las iniciales del nombre y apellido de la demandante, puesto que nada conduce a reponerla en su derecho, al quedar con ello preservada su identidad. (**STS de 14 de diciembre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.-Una cadena de televisión emite un programa de investigación periodística sobre una supuesta estafa, investigada por la policía, en la que aparece la foto del demandante como integrante de una banda delictiva. El perjudicado, después de instar, sin conseguirlo, la retirada de la fotografía ejerció judicialmente el derecho de rectificación. Sin embargo, antes de la celebración del juicio de rectificación las partes acordaron que el canal de televisión se obligaba a retirar su fotografía, comprometiéndose también a que la misma no volvería a ser emitida. A cambio, el perjudicado desistió del procedimiento de rectificación con reserva de acciones. El canal de TV no respetó lo convenido, volviendo a difundir la imagen en el reportaje de investigación. Llegado a este punto, el perjudicado presenta demanda de protección del derecho al honor y a la propia imagen solicitando que se prohibiese continuar con la emisión de dicha fotografía y una indemnización por los daños ocasionados, así como a emitir el fallo de la sentencia, indicando las iniciales de la demandante, y, en todo caso, el nombre y apellidos de su abogado como representante. El juzgado desestimó la demanda. La audiencia estima en parte el recurso de apelación. El Tribunal Supremo da lugar en parte al recurso de casación, al mantener la existencia de la lesión

del derecho a la propia imagen, pero entiende que no hay intromisión ilegítima, lo que determina una rebaja de la indemnización fijada a 15.000 euros. (C.O.M.)

**2. Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad.**-La legitimación para el ejercicio de la acción de protección de los derechos de la personalidad de una persona fallecida puede recaer en una pluralidad de sujetos. En estos casos, a la hora de aplicar la doctrina de los actos propios para ponderar los derechos de la personalidad y la libertad de expresión, los actos propios que delimitan el concepto de la protección civil de estos derechos son, además de los del finado cuando vivía, los de las personas legitimadas para el ejercicio de la acción de protección civil del honor y la intimidad del difunto.

La pluralidad de legitimados para el ejercicio de la acción de protección implica que pueda haber entre ellos una disparidad de criterios. Ello puede dar lugar incluso a que la acción pueda ejercerse entre sí cuando uno entienda que otro del grupo de legitimados por la ley ha lesionado la memoria de la persona fallecida.

Con todo, si la ley reconoce la legitimación para la defensa de la memoria de una persona fallecida a determinados familiares es también exigible una conducta clara y tajante a quien actúa como guardián de la memoria del causante, conducta que no deje lugar a dudas sobre su reacción frente al insulto al recuerdo del difunto. Ello se debe a que, con la muerte de las personas, su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o el recuerdo por parte de sus allegados, y su contenido y la intensidad de su protección no son los mismos que en el caso de las personas vivas. De ahí la relevancia del comportamiento observado por quien ejercita la acción invocando los derechos de la personalidad de una persona fallecida. (STS de 21 de diciembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-Ana interpone demanda en defensa del derecho del honor e intimidad personal y familiar de su madre fallecida, Ángela, contra una productora de televisión, una difusora de contenidos, varios colaboradores de televisión y los directores de varios programas de televisión donde se emitieron unas declaraciones sobre su madre. En estos programas intervino Francisca, hija de Ángela y hermana de Ana. Hasta la primera intervención de Francisca, la vida de Ángela nunca había sido objeto de comentarios en los medios de comunicación.

Ana solicita una indemnización por daños y perjuicios de 1.638.000 euros. La demanda es desestimada.

Ana recurre en apelación. El recurso es desestimado.

Ana interpone recurso de casación, fundamentado en una vulneración de la doctrina jurisprudencial de los actos propios y en no haberse respetado los límites doctrinales y jurisprudenciales en la ponderación entre los derechos al honor e intimidad personal y familiar, y a la imagen y la libertad de expresión. El recurso es desestimado, dado que resulta inverosímil que Ana no tuviera conocimiento de la participación activa de su hermana en una serie de programas de crónica social que se sucedieron en el tiempo y en los que, en un contexto consciente y voluntariamente polémico, se fue-

ron intensificando las críticas a la madre, sin que Ana reaccionara en modo alguno manifestando su oposición. (T.R.C.)

**3. Derecho al honor. Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión del abogado en el ejercicio del derecho de defensa. Doctrina jurisprudencial: la libertad de expresión del abogado ampara las afirmaciones realizadas con la finalidad de defender los derechos e intereses de sus clientes siempre que no contengan expresiones ofensivas desconectadas con la función de defensa.**-El juicio de ponderación del tribunal sentenciador desde la perspectiva de los límites del derecho de defensa del abogado, ha fijado como doctrina (SSTS 243/2018, de 24 de abril, 340/2020, de 23 de junio, y 455/2020, de 23 de julio, entre otras) que, aunque no se trate de un derecho ilimitado, el contenido de la libertad de expresión de los letrados ante los tribunales es especialmente resistente e inmune a restricciones en su ejercicio fuera de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa, y que la libertad de expresión del abogado en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica posee una singular cualificación al estar ligada estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa, y debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su régimen, razones por las que ha de ser amparada cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para conseguir la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, y no ha de serlo cuando se utilizan –y menos aún con reiteración– expresiones ofensivas desconectadas de la defensa de su cliente (STS 381/2020, de 30 de junio).

**Las decisiones sobre existencia o inexistencia de intromisión ilegítima en el honor responden a las circunstancias concurrentes en cada caso.**-Las decisiones sobre intromisión ilegítima en el honor responden las circunstancias concurrentes en cada caso. Así, la sentencia 6/2014, de 17 de enero, apreció intromisión ilegítima en el honor porque se vertieron imputaciones delictivas carentes de veracidad y, además, los demandados, después de presentar su queja contra el demandante ante el colegio profesional, la facilitaron a un periodista para su difusión en un medio de comunicación local.

En esa misma línea, la STS 447/2015, de 3 de septiembre, también apreció la existencia de intromisión ilegítima en el honor ponderando que las expresiones enjuiciadas no tenían nada que ver con el recto ejercicio del legítimo derecho de defensa ni podían ser consideradas como conducentes a la satisfacción del mismo, por tratarse más bien de expresiones «inadecuadas e innecesarias siendo constitutivas de un desahogo inadmisibles en el seno de cualquier proceso, por lo que no encuentran justificación funcional alguna». También, la STS 381/2020, de 23 de junio, ha declarado la existencia de intromisión ilegítima en el honor al apreciar «ofensas gratuitas», y no afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para obtener la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses.

Por otro lado, la STS 243/2018 entendió que no cabía apreciar la existencia de intromisión ilegítima por el notorio enfrentamiento que ya existía entre las partes, la veracidad esencial de los hechos atribuidos y la escasa difusión del escrito de queja, así como porque «el derecho de defensa permite explicar las apreciaciones personales de alto grado subjetivista relacionadas con los hechos que se denuncian y puede justificar que se informara de una conducta

que, aun sin directa relación con la que motivó la queja, contribuía a reforzar sus argumentos. **(STS de 15 de diciembre de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.- En un juicio de reclamación de honorarios de abogados, el letrado defensor de la demandada, por indicación de su cliente, contesta a la reclamación en los siguientes términos: «A lo largo de estos años y, a consecuencia de varias actuaciones llevadas a cabo por el abogado que reclama los honorarios, de las que tuvo conocimiento el esposo de mi mandante, tales como no presentarse él mismo a los juicios señalados, no realizar de manera personal los escritos necesarios, o dejar incluso que se le pasen los plazos procesales en asuntos de importancia, fue conecedor de que todas estas actuaciones se producían debido a que el letrado, ahora demandante, no estaba colegiado como ejerciente y por ello, no podía y no debía nunca de haberse personado en nombre de ningún asociado ni en nombre de la compareciente, ni de su esposo. Es más, tal y como más tarde se pudo conocer, el citado letrado se ha encontrado durante todos estos años dado de alta como demandante de empleo y además cobrando una prestación por ello».

Junto con dicho escrito se adjuntó la queja, y una ampliación de esta, presentada por la demandada y por su esposo ante la Comisión Deontológica del ICAM contra el letrado de la parte actora, donde podía observarse que desde el año 2010 seguía inscrito como demandante de empleo y que por lo tanto se encontraba en esa misma situación cuando asumió la defensa de la demandada.

Posteriormente, el abogado que inició la reclamación presentó contra el letrado defensor en aquel procedimiento una demanda por vulneración del derecho al honor por las manifestaciones contenidas en el escrito de impugnación de los honorarios al que anteriormente hemos hecho referencia. En primera y segunda instancia no prosperó la demanda al considerar que las manifestaciones se referían a la actividad profesional del letrado que reclamaba sus honorarios. El Tribunal Supremo desestimó la casación. (C.O.M.)

**4. Intromisión ilegítima en el derecho al honor.**-A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de conformidad con el interés general y la relevancia pública de la información vertida en el libro «Fariña», el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información prevalecen sobre el derecho al honor por la veracidad de la información, considerando los errores o imprecisiones circunstanciales no afectas a la esencia de lo transmitido. **(STS de 25 de enero de 2021;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-En la nota a pie de la página 234 del libro «Fariña», escrito por el Sr. Conrado y publicado en septiembre de 2015 por la editorial *Libros del KO* se afirma: «Según contó años después “o Pitorro” entregó los 300 kilos que se habían salvado a “tres fulanos que no eran gallegos”. Metieron la carga en un coche y se largaron de allí». «El coche, tal y como descubriría la investigación años

después, estaba a nombre de Bernabe, alcalde de O Grove, afiliado al PP (otro más) y procesado en 2001 por un alijo de dos toneladas de cocaína». Y en la página 242, párrafo segundo, se dice: «Aquel junio de 1991, Orbaiz Picos se ofreció al Cartel de Cali para traer 2000 kilos de cocaína, lo hizo a través de Bernabe, alcalde de O Grove por AP en 1983 y 1991 (este último año ganó con mayoría absoluta, después de haber sido acusado de narcotráfico, aunque duró dos días en el cargo), quien aceptó la propuesta y se puso en contacto con Obdulio “o Carallán”, al que ya conocemos de su época como colaborador de “Sito Miñanco”. Diez años más tarde, en 2001, Garzón los procesó a todos». El Sr. Rosendo, en diversas entrevistas divulgadas en prensa y radio, se refirió al Sr. Bernabe diciendo que había sido condenado por narcotráfico, que era narcotraficante (Diario.es, «Ya veremos» emitido por la cadena M80, Programa de Radio 3 de Salome, Onda Cero Galicia, Presentación de *Fariña* en la librería Cronopios de Pontevedra, «Coordenadas» de Radio 3, Onda Cero y programa Julia en la Onda).

El Sr. Bernabe interpuso demanda contra el Sr. Conrado y la editorial Libros del KO, y el juzgado desestimó íntegramente la demanda. Posteriormente, tras la interposición del recurso de apelación, la Audiencia Provincial también desestimó sus pretensiones por la veracidad de la información.

NOTA.-El Tribunal Supremo, según constante doctrina jurisprudencial (recordada, recientemente por las SSTs 635/2020, de 25 de noviembre, 359/2020, de 24 de junio, y 273/2019, de 21 de mayo, determina: «[P]ara que no se revierta en el caso concreto la preeminencia de la que gozan en abstracto las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor es preciso que concurren dos presupuestos comunes a aquellas, consistentes en el interés general o relevancia pública de la información comunicada o de la opinión expresada, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas, y en la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones o de las informaciones, pues se proscribía el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la idea crítica o la noticia, y en cuanto a la libertad de información, además y en todo caso, que la transmitida sea esencialmente veraz, entendiéndose la veracidad “como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador a la hora de contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales y ajustándose a las circunstancias del caso, aunque la información con el transcurso del tiempo pueda ser desmentida o no resultar confirmada, faltando esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones”» (STS 456/2018, de 18 de julio, citada por la STS 102/2019, de 18 de febrero). Es constante y conocida la doctrina de que la libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información porque no comprende como ésta la comunicación de hechos objetivos susceptibles de contraste, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. (C. A. C.)

**5. Derecho al honor y a la intimidad: Intromisión ilegítima. Procedencia de la publicación de la sentencia.**-La idoneidad de la publicación de la sentencia aparece preordenada (SSTS de 10 de julio y 31 de octubre de 2014). Corresponde a la víctima de la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales la petición de que se proceda a la difusión de la sentencia (STS de 16 de febrero de 1999), y el órgano jurisdiccional ante el que se formula la petición debe atender a las circunstancias concretas de cada caso (STS de 29 de abril de 2009) y habrá de valorar si la difusión de la sentencia es ajustada a la proporcionalidad del daño causado (SSTS de 30 de noviembre de 1999 y 16 de octubre de 2009, entre otras).

**La publicación de la sentencia solo es procedente para reparar la vulneración al derecho al honor.**-Cuando lo vulnerado es el derecho a la intimidad, no procede dicha publicación, puesto que la misma no supondría una reparación de la vulneración ilegítima de tal derecho fundamental, sino, por el contrario, una agravación de sus consecuencias.

**Publicación parcial de la sentencia: el encabezamiento y el fallo.**-La atención a las circunstancias concretas de cada caso ha llevado a afirmar que basta, por lo general, con la publicación del encabezamiento y del fallo, especialmente si se trata de publicaciones impresas (SSTS de 25 de febrero y 9 de julio de 2009), que la publicación íntegra de la sentencia puede ser innecesaria y excesiva si supera aquella finalidad reparadora del derecho lesionado (SSTS de 30 de noviembre de 1999 y 16 de octubre de 2009) y, en la STS de 22 de mayo de 2015 se dice, que una vez satisfechos los daños morales en términos indemnizatorios, se cubre su satisfacción en sede de publicidad con el encabezamiento y parte dispositiva de la sentencia, pues sería desproporcionada por su extensión la íntegra publicación de ella (véase STS de 10 de octubre de 2016).

**Fijación de la cuantía del daño moral en este tipo de procedimientos.**-Constituye doctrina jurisprudencial que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por daño moral en este tipo de procedimientos es competencia del tribunal de instancia (SSTS 666/2014, de 27 de noviembre, 457/2015, de 23 de julio y 573/2015, de 19 de octubre), cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que no se hubiera atendido a los criterios que establece el artículo 9.3 LO 1/1982 (SSTS 435/2014, de 17 de julio, 70/2014, de 24 de febrero y 28 de mayo de 2014) (véase la STS 386/2016, de 7 de junio). **(STS de 15 de diciembre de 2020;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.-José Francisco publicó en digital y papel en el diario El Mundo Baleares un artículo titulado *Salvadores de almas*, con este contenido:

«Los ciudadanos de Palma tenemos la negra con nuestro consistorio. Desde José Enrique, todo ha sido un Vía Crucis. Como guinda final tras Los Hombres de Rodri nos llega la miscelánea tripartita, que si en algo está cohesionada es en un intransigente deje redentor..... Hoy le toca recibir a Carlos Manuel, antiguo discípulo, cuando cursábamos EGB en los años 80. Hasta ahora no le había echado el guante en estas disecciones creo que por mala conciencia. Ya de muy niño se veía a la legua que, cómo decirlo, las mujeres no eran precisamente la debilidad de Carlos Manuel. Todavía me acuerdo de lo mal que lo pasaba el pobre en las clases de deporte con el ‘marine’ Marino. La crueldad infantil

es infame, y me da vergüenza reconocer que no me abstuve de las burlas que recibía entonces Carlos Manuel. Espero que algún día me lo perdone.

Pero todo esto no puede evitar una semana más que no me refiera de una vez a su llamativa gestión en el área de Movilidad. No sé si se estará vengando de sus excompañeros de clase, puteando el tráfico rodado en los barrios donde algunos de estos residen o qué...».

Carlos Manuel demandó a José Francisco al considerar que el mencionado artículo de prensa constituía una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y al honor, por lo que pidió que se le condenara a abstenerse en lo sucesivo a realizar intromisiones ilegítimas en su intimidad personal, familiar y en su derecho al honor; a publicar a su costa la sentencia en el mismo diario en edición digital y escrita, y a indemnizarle en 12.000 euros.

El juzgado estimó la demanda, si bien redujo la indemnización a 5.000 euros. El actor apeló la sentencia de primera instancia y la audiencia no acogió el recurso. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación en parte al acordar que la publicación de la sentencia de primera instancia, a costa del demandado, se limitase al encabezamiento y al fallo. (*I. D.-L.*)

**6. Ponderación entre la libertad de información y el derecho al honor y la intimidad por la publicación de sentencias en los medios de comunicación.**-Para que en un determinado caso pueda mantenerse la preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de información, es preciso: 1) que la información comunicada sea veraz; 2) que venga referida a un asunto de interés general o relevancia pública; 3) que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias.

En cuanto a la publicidad de las sentencias y su relación con el honor y la intimidad, se ha señalado que los principios de ponderación y proporcionalidad pueden llevar a la conclusión de que otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional deben tener prevalencia sobre la publicidad de las resoluciones judiciales, especialmente cuando ésta pueda afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes. Esa ponderación exige tomar en consideración la forma en que la publicación se ha producido, teniendo en cuenta si se trata de una comunicación neutral del contenido de la sentencia o si se añaden o restan elementos que sean susceptibles de desvirtuar el conocimiento objeto de lo resuelto por el tribunal para convertir la publicación del fallo en un procedimiento apto para menoscabar el honor de la persona afectada. Además, es necesario ponderar, en atención a las circunstancias concurrentes, el interés legítimo de quien comunica una resolución judicial. En el caso particular de sentencias penales, cuando la naturaleza del delito es de extraordinaria importancia y trascendencia social, justifica no solo el interés público especial de la información, sino incluso el que se expresen los datos de identidad de los detenidos, en lugar de las simples letras iniciales de su nombre y apellidos. Por otra parte, no se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando los reportajes se limitan a dar

cuenta de los hechos y la detención. (STS de 25 de enero de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-El caso versa sobre el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor y la intimidad por la difusión del contenido de una sentencia penal condenatoria por delito de maltrato familiar y detención ilegal en la edición en papel y en formato digital de un diario. El demandante es el condenado penalmente. Se indicaban datos personales que le hacían identificable, así como otros datos que atentaban a su intimidad. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, declarando la prevalencia general de la libertad de información en los asuntos que sean de interés por las materias a que se refieren, cuando se limitan a contribuir a la formación de la opinión pública, siempre que la transmisión de la noticia o información no sobrepase el fin informativo que se pretende, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, y siempre que la información transmitida sea veraz, basada en una comprobación razonable por parte del periodista. Consideró que era aplicable la doctrina del reportaje neutral porque el periodista se limitó a narrar literalmente, con total y absoluta imparcialidad, la sentencia escrita, y en su artículo no agregaba nada injurioso o desconsiderado hacia el actor, ni emitía ningún juicio de valor sobre la misma.

El demandante recurrió esa sentencia en apelación, recurso que fue desestimado por la Audiencia Provincial, concluyendo que se cumplían los requisitos constitucionalmente exigibles para estar ante un reportaje neutral. Además, apuntó que el hecho de que la sentencia no fuese firme, no impide su realidad temporal ni la veracidad de la noticia relacionada con la misma. Por tanto, no hay vulneración del derecho al honor del recurrente.

El demandante también interpone recurso de casación por la infracción del artículo 18.1 CE, reproduciendo las alegaciones señaladas en primera y segunda instancia. El Alto Tribunal lo desestima, señalando que no hay intromisión en el honor ni en la intimidad por el hecho de divulgar parte de la sentencia, con la identidad del demandante incluida, pues se trata de un delito de gran relevancia social, sin que se encuentre el recurrente en alguno de los casos de personas que podrían requerir especial tutela. Según el Tribunal Supremo, es indudable el interés público de la información sobre la condena penal por maltrato en el ámbito familiar, dada la lacra social de la violencia de género, y, aunque el demandante no ejerza cargo público o político ni profesión de notoriedad pública, es su relación con el suceso noticiable lo que origina su proyección pública. Puesto que se trata de la información que difunde y reproduce el contenido de la sentencia penal, a los pocos días de su publicación, sobre un tema de trascendencia y sensibilización pública, sin añadir comentarios o valoraciones que desvirtuaran el conocimiento objetivo de lo resuelto por el tribunal, prevalece la libertad de información.

NOTA.-El Tribunal Supremo ha generado una vasta jurisprudencia sobre el conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor y la intimidad. Sobre la exigencia de veracidad, *vid.* SSTs de 20 de mayo y 1 de junio de 2016, 17 de enero de

2017, 27 de enero, 2 de febrero, 6 de julio y 8 de noviembre de 2017, 6 de junio de 2018, 19 de septiembre y 27 de junio de 2019 y 29 de mayo de 2020. Respecto al caso particular sobre la publicidad de las sentencias y los derechos al honor y a la intimidad, *vid.* SSTS de 10 de noviembre de 2016, 20 de julio de 2011, 13 de septiembre de 2010, 12 de febrero de 2009, 22 y 2 de diciembre de 2008, 24 y 16 de octubre de 2008, 28 de diciembre, 8 de julio y 28 de junio de 2004, 31 y 28 de julio de 1995 y 18 de marzo de 1992. El TC también se ha pronunciado sobre este aspecto: SSTS 127/2003, 57/2004 y 114/2006, entre otras. (*S.L.M.*)

**7. Capacidad. Procedimiento judicial de modificación. Valoración de la prueba. Finalidad: obtener la efectiva protección de la persona con discapacidad mediante los apoyos necesarios.**-La prueba en los procedimientos de modificación de la capacidad está sujeta a unas reglas especiales, recogidas en la LEC, que deben necesariamente interpretarse a la luz de los principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados contrapuestos, a semejanza de lo que sucede generalmente en los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona con discapacidad mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica (SSTS de 1 de julio de 2014, 13 de mayo y 20 de octubre de 2015 y 8 de noviembre de 2017). La sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al no tomar en consideración los razonados y completos informes del perito judicial, en los que se ponía de manifiesto, de forma incontrovertida, la necesidad de la demandada de contar con la ayuda de terceras personas para las cuestiones complejas como consecuencia de sus dificultades de comprensión, de las alteraciones de comportamiento y del trastorno de la personalidad que padece. Razón por la cual la decisión judicial no se representó correctamente la situación y las necesidades de apoyo y ayuda que precisaba la interesada.

**Interpretación de las normas sobre incapacitación de acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Adopción de un modelo de apoyos como medio de respetar los derechos de las personas con discapacidad.**- La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad. Se trata de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Para ello debe asegurarse que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para

el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

**Adopción de medidas que impidan los abusos por parte de terceras personas, en atención a las circunstancias de la persona con discapacidad. Curatela.**-Las circunstancias de la demandada, que permiten dimensionar los riesgos de abuso, están relacionadas tanto con la importancia de su patrimonio como con su carácter y la falta de conciencia de sus déficits y del riesgo de abusos, que la exponen a la explotación económica por personas malintencionadas y le llevan a idear planes de futuro que pueden comprometer su salud y su vida. Lo relevante cuando se trata de prestar apoyos en el caso de autos es impedir que sea objeto de una explotación que la lleve a tomar decisiones sin contar con la debida información y comprensión para formar su verdadera voluntad, pues en caso contrario es su propia dignidad la que se ve comprometida. Con este fin, el apoyo más adecuado que ofrece el sistema vigente es la curatela.

**Conservación de las facultades de administración de la persona sometida a curatela. Asistencia de la curadora solo para los actos que excedan de los límites marcados judicialmente. Disposición de efectivo para uso personal.**-No se trata privar a la demandada de la facultad de tomar las decisiones de gestión de su patrimonio, sino de establecer las medidas necesarias para que sea ella, y no terceros malintencionados o simples aprovechados, quienes conformen indebidamente sus decisiones abusando de su vulnerabilidad. Ello comporta que la iniciativa para realizar los mencionados actos de administración y disposición de su patrimonio le corresponde a ella, y que será ella quien deberá prestar el consentimiento para su realización, si bien no por sí sola, sino con asistencia de su curadora. Por ello, no procede que sea la curadora quien fije la cantidad que puede manejar mensualmente la persona en situación de discapacidad. Puesto que su patrimonio lo permite y está habituada a un nivel de vida elevado tiene derecho a poder seguir decidiendo en qué quiere gastar su dinero, aun cuando para otras personas pueda considerarse que son gastos superfluos o innecesarios. (STS de 3 de diciembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-Las hijas de L. interpusieron en 2015 demanda solicitando la incapacitación parcial de su madre, nacida en 1942, y su nombramiento como tutoras mancomunadas. La mujer, de alto nivel económico, presentaba, desde hacía tiempo, enfermedades de consideración tanto en el plano físico (diabetes, obesidad, diálisis semanales) como en el mental (una demencia que le causaba un profundo trastorno de la personalidad, con marcada tendencia a la labilidad y a una generosidad de tipo patológico que le colocaban en una posición de extrema vulnerabilidad frente a influencias indebidas). De estos padecimientos se habían estado aprovechando varias personas para obtener numerosas y elevadas transmisiones de bienes y dinero del patrimonio de L., poniendo en riesgo no solo su caudal sino, en ocasiones, también su propia salud. El Juzgado estimó la demanda, limitó la capacidad de L. y nombró a su hija C. curadora con funciones de diverso contenido tanto en el ámbito patrimonial como en el personal, a la vista de las enfermedades y padecimientos que sufría su madre y que le impedían regir y administrar adecuadamente su persona y bienes. La Audiencia Provincial de Madrid, al considerar que la demandada solo presentaba

alteraciones cognitivas leves, estimó parcialmente la apelación de L. y limitó la intervención de la curadora exclusivamente a los actos de liberalidad y de generosidad que pudiera llevar a cabo su madre y que excediesen de la normalidad, así como a la toma de decisiones relativas a los cuidados personales y médicos derivados de sus enfermedades. Las hijas interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, con el apoyo del Ministerio Fiscal. El Tribunal Supremo acogió ambas impugnaciones.

NOTA.-Esta Sentencia, pese a dictarse bajo el antiguo régimen normativo de la capacidad de obrar, aplica directamente las ideas y principios que ha traído consigo la nueva legislación en la materia, anticipándose así a la propia Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En este sentido, prescindiendo del sistema de incapacitación y de eliminación jurídica de las facultades de autogobierno de la persona con discapacidad, propia del sistema civil hasta entonces, reconoce a quienes se encuentran en tal situación el pleno goce de sus derechos y la posibilidad de ejercitarlos atendiendo a sus concretas circunstancias. Esta orientación supone la aplicación directa, y no solo como criterio interpretativo, de las reglas y medidas contenidas en la Convención de Nueva York de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se incorporó al ordenamiento español en 2008. Como decimos, la Ley 8/2021 ha puesto fin a una normativa civil negadora de la capacidad, y que no se coheretaba con los postulados y principios derivados de un modelo más respetuoso no solo con los derechos sino también con la dignidad de las personas con discapacidad. (L.A.G.D.)

**8. Registro civil y adquisición por nacimiento de la nacionalidad española.**-A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, compete al Ministerio de Justicia y a la jurisdicción contencioso-administrativa la concesión y fiscalización de la nacionalidad española por residencia, ante la improcedencia de la adquisición por nacimiento de una persona nacida en el Sáhara, porque no formaba parte de España a los efectos de la nacionalidad originaria. (STS de 25 de enero de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.-Luis María, nacido en el año 1972, en Villa Cisneros (Sahara), solicitó el reconocimiento de la nacionalidad española con valor de simple presunción con base en el artículo 17.1 c) CC, que establece son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros si ambos carecieran de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad», aportando documentación en la que figuraba, entre otros documentos, una denuncia, de 15 de mayo de 2009, de extravío del pasaporte argelino, así como inscripción de nacionalidad española de su hermano con valor de simple presunción.

Previo informe desfavorable del Ministerio Fiscal, se dictó auto de fecha 13 de noviembre de 2009, por la Encargada del Registro Civil de San Sebastián, por el que se denegó la nacionalidad espa-

ñola instada por el demandante. Contra dicha resolución se recurrió ante la Dirección General de Registros y del Notariado, que dictó resolución de 17 de julio de 2014, por la cual se desestimó el recurso presentado por el actor.

Con fecha 8 de junio de 2017, Luis María presentó demanda de juicio ordinario contra dicha resolución, cuyo conocimiento, por turno de reparto, correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Donostia-San Sebastián, alegando la vulneración de lo dispuesto en el artículo 17 CC, pretensión que fue igualmente desestimada al entender dicho órgano jurisdiccional que Sahara no podía ser reputado como territorio nacional para considerar que el actor había nacido en España, como exige el artículo 17 CC, sin que tampoco se demostrase la concurrencia del supuesto de hecho del artículo 18 CC, igualmente invocado en la demanda.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, en el que se alegó la infracción del artículo 17 CC. Su conocimiento correspondió a la sección segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que dictó sentencia 107/2018, de 9 de marzo, en la cual, con revocación de la dictada por el Juzgado, concedió la nacionalidad española al demandante, al amparo del artículo 22.2 a) y 3 CC, relativo a la concesión de la nacionalidad española por residencia de un año para los que hayan nacido en territorio español, y contar el actor con una residencia legal durante tal periodo de tiempo, continuada e inmediatamente anterior a la petición formulada. En su fundamentación jurídica, la Audiencia Provincial consideró que no concurría el supuesto del artículo 17.1 c) CC, puesto que el Sahara, si bien era territorio español, no era territorio nacional, a los efectos de considerar al actor nacido en España, con cita de la STS (Sala 3ª) de 7 de noviembre de 1999. No obstante, lo cual, se entendió procedía declarar la nacionalidad española por la vía del precitado artículo 22 CC, sin que ello supusiese incurrir en incongruencia por respetarse la causa petendi y corresponder al tribunal la aplicación del derecho (art. 218.1 LEC).

NOTA.-El Tribunal Supremo sienta doctrina jurisprudencial en este pronunciamiento con base en el Auto 16/2020, de 8 de octubre, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, regulada en el artículo 42 LOPJ: «el conocimiento de asuntos de nacionalidad por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa se circunscribe a la establecida en el artículo 22.5 CC que prescribe que “la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa” (redacción debida a la reforma operada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre), de conformidad con la previsión del artículo 2. f) LJCA que atribuye a la misma el conocimiento de las materias no contempladas en la propia Ley que le sean atribuidas expresamente por otra ley», mientras que los otros supuestos corresponderían a la jurisdicción civil. La recurrente se vio posibilitada de cuestionar la falta de jurisdicción de los tribunales de instancia para conocer de la concesión de nacionalidad por residencia legal en España, mediante el planteamiento de una declinatoria por falta de jurisdicción (art. 63 LEC), con base en el artículo 37.1 LEC, al estimar que una petición de tal clase no corresponde resolverla a la jurisdicción

civil, sino a la Administración competente, esto es al Ministerio de Justicia. (C. A. C.)

**9. Derecho de asociación. Participación en partido político. Interpretación conjunta de los artículos 6 y 22 CE.**-Los partidos políticos son asociaciones que caen dentro del ámbito del artículo 22 CE y están «cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones y estas se cifran en la expresión organizada del pluralismo político con el fin de asegurar la mejor correspondencia entre la voluntad de los ciudadanos y la voluntad general expresada en la ley» (STC 138/2012, de 20 de junio). Razón por la cual «los arts. 6 y 22 CE deben interpretarse conjunta y sistemáticamente, sin separaciones artificiosas y, en consecuencia, debe reconocerse que el principio de organización y funcionamiento interno democrático y los derechos que de él derivan integran el contenido del derecho de asociación cuando este opera sobre la variante asociativa de los partidos políticos» (STC 226/2016, de 22 de diciembre).

**Vinculación directa entre las funciones de los partidos políticos y su estructura y funcionamiento interno democráticos. Derecho de participación de los afiliados en los órganos internos del partido. Rango constitucional y no meramente estatutario.**-Existe una conexión directa entre las funciones jurídico-públicas de los partidos políticos y la exigencia de que su estructura interna y su funcionamiento deban ser democráticos, lo que se plasma en la exigencia de que los partidos rijan su organización y su funcionamiento internos mediante reglas que permitan la participación de los afiliados en la gestión y control de los órganos de gobierno y mediante el reconocimiento de unos derechos y atribuciones a los afiliados en orden a conseguir esa participación en la formación de la voluntad del partido. Lo que se traduce en un derecho o un conjunto de derechos subjetivos y de facultades atribuidos a los afiliados respecto o frente al propio partido, tendentes a asegurar su participación en la toma de las decisiones y en el control del funcionamiento interno de los mismos (STC 56/1995, de 6 de marzo). Por ello, las normas estatutarias que regulan un aspecto básico de la participación del afiliado en el funcionamiento del partido, como es la periodicidad con que ha de celebrarse la asamblea general, constituyen claramente un desarrollo estatutario de una de las principales facetas del derecho de participación del afiliado en el funcionamiento del partido político, que enlaza con la exigencia de organización interna y funcionamiento democráticos. Esta exigencia no se cumpliría si la asamblea general que permite la participación de los afiliados en la adopción de las decisiones más importantes del partido no se reuniera periódicamente. Por tanto, los derechos que para el afiliado se derivan de estas normas estatutarias que regulan la celebración del congreso nacional del partido no tienen un rango exclusivamente estatutario, sino también iusfundamental, por lo que tienen relevancia constitucional y pueden ser amparados en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales previsto en el artículo 53.2 CE.

**Incumplimiento de las normas estatutarias sobre periodicidad de celebración de los congresos. Valoración de la gravedad. Vulneración del derecho fundamental de asociación.**-La celebración de los congresos nacionales del partido en los términos previstos en los estatutos y, en concreto, con la periodicidad prevista en ellos, no es irrelevante para la

efectividad del derecho del afiliado a la participación en la vida del partido. Tal derecho de participación puede verse gravemente obstaculizado si la celebración de los congresos nacionales no tiene lugar con la periodicidad prevista. No es descartable que puedan existir, en cuanto a los plazos previstos en los estatutos para la celebración de la «asamblea general», incumplimientos estatutarios inocuos, por su escasa gravedad, pues pueden concurrir circunstancias extraordinarias que justifiquen un pequeño retraso respecto de la fecha estipulada. Pero un incumplimiento grave de la previsión estatutaria acerca de la periodicidad con que debe celebrarse, que suponga un serio retraso respecto de la fecha en que tuvo que llevarse a cabo, no es una simple infracción estatutaria o un «error en la interpretación de los estatutos», sin trascendencia constitucional, como se alega por el partido demandado y se admite por el Ministerio Fiscal, sino una vulneración del derecho fundamental de asociación del afiliado del partido político, en cuanto que obstaculiza seriamente su derecho de participación en el partido político derivado de la exigencia de funcionamiento y organización democráticos (art. 6 CE, LOPP y Partidos Políticos y los estatutos). (**STS de 11 de diciembre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.-N., afiliado a un partido político de ámbito nacional, en enero y marzo de 2016 solicitó al órgano competente para ello la celebración del correspondiente congreso nacional, ya que el último había tenido lugar en febrero de 2012, habiendo transcurrido más de un año del plazo trienal previsto en los estatutos del mismo partido. Sin embargo, dichos requerimientos no fueron atendidos, por lo que, en abril de 2016, N. interpuso una demanda de protección fundamental de su derecho de asociación, para que se declarase la vulneración de su derecho en la vertiente del derecho de participación democrática y se le restableciera en el mismo mediante la convocatoria del correspondiente congreso. Sin embargo, el propio partido llevó a cabo el congreso nacional en febrero de 2017, por lo que la demanda se concretó exclusivamente a determinar si se había producido o no la denunciada violación del derecho fundamental del actor. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que, a la vista del tiempo transcurrido entre la fecha en que debió celebrarse y los requerimientos del afiliado, se apreciaba una conducta de tolerancia de dicha situación. Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación argumentando que la falta de convocatoria del congreso nacional no suponía una vulneración o desconocimiento del derecho de asociación del apelante, por cuanto la decisión al respecto no resultaba arbitraria o injustificada que ni estaba encaminada a privar del derecho de participación democrática a los afiliados, máxime teniendo en cuenta que, del propio tenor literal del precepto estatutario, no se desprende el carácter imperativo de la celebración del congreso. El Tribunal Supremo dio lugar a la casación y declaró que la no convocatoria del congreso en la fecha estatutariamente establecida vulneró el derecho de asociación del demandante, en su vertiente de derecho de participación democrática en el partido. (*L.A.G.D.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**10. Anulación de contrato de permuta financiera (*swap*) por error en el consentimiento: especiales deberes de información por el carácter complejo del producto financiero.**-La comercialización de los contratos de *swap* requiere de unos especiales deberes de información por parte del banco, por lo que no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual, ni el aviso genérico sobre la posibilidad de liquidaciones negativas contenido en el contrato y en el folleto explicativo. Se exige una actividad suplementaria del banco tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (SSTS 689/2015, de 16 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero, 195/2016, de 29 de marzo y 727/2016, de 19 de diciembre). El coste de cancelación anticipada de los *swaps* constituye un elemento esencial del contrato y el déficit de información sobre él propicia un error excusable. La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un *swap* es la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (SSTS 579/2016, de 30 de septiembre; 549/2015, de 22 de octubre; 633/2015, de 19 de noviembre; 651/2015, de 20 de noviembre y 11/2017, de 13 de enero), por lo que, de no darse tales circunstancias, no pueden presumirse los conocimientos especializados exigibles en la contratación.

**Falta de convalidación del error por la existencia de liquidaciones positivas o negativas para el cliente, o por la cancelación anticipada parcial del contrato. Inaplicación de la doctrina de los actos propios.**-El error contractual no se convalida porque el cliente perciba liquidaciones positivas, abone las negativas, cancele anticipadamente el contrato, ni incluso encadene diversos contratos, ya que tales actos no son inequívocos de la voluntad tácita de confirmación del contrato. La aplicación de la doctrina de los actos propios requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica con la que es incompatible un actuar posterior, conocimiento que no se da existiendo un error excusable e invalidante, por lo que la percepción de liquidaciones o el cumplimiento del contrato no constituyen actos que supongan indudable e inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción derivada del error (SSTS 691/2016, de 23 de noviembre y 243/2017, de 20 de abril). Tampoco convalidan el contrato las amortizaciones parciales del préstamo realizadas por los clientes que conllevaron la cancelación parcial del contrato de *swap* con su correspondiente coste, pues fueron realizadas en un estado de incompreensión sobre el funcionamiento del contrato por falta de información.

**Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad por error de los contratos de *swaps*: consumación del contrato (art. 1301 CC).**-El plazo de ejercicio de la acción de nulidad por error se inicia con la consumación de la relación contractual que, en el caso de contratos de *swaps*, se produce en el momento de su extinción, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas de tales negocios. Ello obedece a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables en función de la evolución de los tipos de interés, lo que los distingue de otros

contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (STS, de Pleno, 89/2018, de 19 de febrero, reiterada, entre otras, por SSTS 369/2019, de 27 de junio; 346/2019, de 21 de junio y 695/2018, de 11 de diciembre). (STS de 11 de diciembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-En marzo de 2005, una profesora de un centro escolar y un psicopedagogo suscribieron un contrato de *swap* con una entidad bancaria por el importe nominal vivo del préstamo hipotecario a interés variable que habían firmado en 2004. La entidad bancaria no informó a los clientes del coste real que podía suponer una bajada del Euribor por debajo del tipo fijo de referencia, ni del coste de cancelación anticipada del *swap*. Los clientes soportaron liquidaciones negativas en 2009 al realizar una primera amortización anticipada del préstamo que conllevó la cancelación parcial del *swap*, y cumplieron con él hasta su vencimiento en 2013. La demanda, interpuesta en 2015, se fundamentó en que el *swap* se les ofreció como un contrato de seguro, en que su funcionamiento era muy complejo, y la entidad bancaria no les informó sobre su coste de cancelación ni que la amortización anticipada del principal del préstamo supondría una modificación del tipo de interés. La entidad bancaria opuso la caducidad de la acción ejercitada y la inexistencia de error, básicamente porque la información suministrada fue suficiente; porque las cláusulas de costes de cancelación no son esenciales y determinantes de un error, y porque los actores cumplieron el contrato durante su vigencia. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial acogió el recurso interpuesto por la entidad bancaria al considerar que el plazo de la acción debía computarse desde que los clientes pudieron comprender realmente el producto, lo que tuvo lugar en 2009, cuando realizaron la primera amortización anticipada del préstamo. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes.

NOTA.-La sentencia extractada reitera la doctrina tradicional que recalca la distinción entre la consumación del contrato y su perfección, pues la primera se produce con la realización de todas las obligaciones contractuales (STS 569/2003, de 11 junio, que reproduce, entre otras, las SSTS de 11 de julio de 1984 y 27 de marzo de 1989). Como señalaba Manresa y Navarro, J. M<sup>a</sup>. (1907), *Comentarios al Código civil español*, VIII, p. 775, la consumación permite apreciar en la realidad la índole e importancia de las cosas y obligaciones, y ver la diferencia de lo real y lo convenido. La sentencia anotada es continuación de la línea jurisprudencial de la STS, de Pleno, 89/2018, de 19 de febrero. Estimo loable el criterio de la sentencia extractada que, para determinar la consumación del *swap*, atiende a que en este contrato no se percibe en un momento único una prestación esencial, a diferencia de lo que ocurre con otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento, que se consume cuando el arrendador cede el uso de la cosa al arrendatario, pues a partir de ahí nace su obligación de devolver al tiempo pactado. Al margen de la concreción temporal de la consumación, el artículo 1301 CC fue redactado en una época en que los contra-

tos eran de menor complejidad que los actuales, y podía conocerse el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Esto no sucede en los contratos bancarios, por lo que atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado aquel precepto (art. 3 CC) y al criterio de la *actio nata* (art. 1969 CC), el plazo de la acción no puede iniciarse antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error (STS, de Pleno, 769/2014, de 12 de enero de 2015). No obstante, antes de la STS, de Pleno, de 2018, las SSTS 153/2017, de 3 de marzo y 436/2017, de 12 de julio, computaron el plazo de la acción desde la primera liquidación negativa, pues se estimaba que ello permitía al cliente conocer el error padecido. Con todo, entiendo que hubiera otorgado mayor seguridad jurídica a esta problemática la frustrada modificación del artículo 1301 CC que contemplaba el *Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, y que antedía al momento que «el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad» (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-1, de 17/07/2020). Este mismo criterio se encuentra recogido en los PECL (art. 4:113), en la PMCCOC (art. 1304) y en la PCC (art. 527-12). (F.S.N.)

**11. Nulidad del contrato de préstamo por usurario.**-A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, si la cuestión litigiosa, en este caso la nulidad total de un préstamo usurario, no se encuentra regulada por el Derecho de la Unión Europea, en este caso los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 97/13, el juez interno debe aplicar la norma nacional, en este caso el artículo 394.1 LEC. La doctrina jurisprudencial sobre la no aplicación de la excepción al principio del vencimiento en la imposición de costas, por razón de las serias dudas de Derecho, es aplicable cuando se ejercitan acciones basadas en la normativa sobre cláusulas abusivas, pero no cuando se ejercitan acciones basadas en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios. (STS de 2 de febrero de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.-Laureano, interpuso demanda de juicio ordinario contra Liberbank S.A., solicitando la declaración de nulidad por usurario de un contrato de tarjeta Cajastur Mastercard Classic. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda pues consideró que el carácter usurario del contrato de tarjeta de crédito solo concurrió a partir de la novación. A su vez, la Audiencia Provincial estimó su recurso y declaró el carácter usurario del contrato de tarjeta de crédito desde el momento mismo de su suscripción el 26 de octubre de 2009, y condenó a la entidad financiera a restituir al cliente «la cantidad que exceda del total del capital dispuesto, tomando en consideración el total de lo recibido por todos los conceptos al margen de dicho principal dispuesto y que haya sido abonado por el recurrente, con ocasión del citado contrato desde su inicial celebración», es decir, los efectos propios de retroactividad máxima derivada de la nulidad total del contrato. No hizo expresa

imposición de las costas de primera instancia, pese a la estimación plena de la demanda, por la concurrencia de serias dudas de derecho, conforme al artículo 394.1.º LEC.

NOTA.-En las SSTS (Pleno) 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, 17 de septiembre, así como en la posterior 510/2020, de 6 de septiembre, se ha declarado que la excepción a la regla general del vencimiento en la imposición de las costas de primera instancia que establece el artículo 394.1 LEC, basada en la existencia de serias dudas de derecho, no es aplicable en los litigios en que se ejercita una acción basada en la legislación que desarrolla la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos no negociados celebrados con consumidores. El principio de primacía del Derecho de la UE obliga a los jueces de los Estados miembros a inaplicar una norma de Derecho interno cuando la considere contraria al Derecho de la UE. Se trata de una exigencia derivada de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y del principio de efectividad del Derecho de la UE. Cuando la cuestión litigiosa no está regulada por el Derecho de la UE y, por consiguiente, no entra en juego el principio de primacía de este Derecho, el juez no puede dejar de aplicar ninguna norma legal nacional (en este caso, el art. 394.1 LEC). Solo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando considere que la norma legal de Derecho interno puede ser inconstitucional, pero en el presente caso no se plantean dudas de constitucionalidad. El recurso no contiene ningún argumento que explique por qué una acción basada exclusivamente en la denominada Ley Azcárate, se halla incluida en el ámbito del Derecho de la UE y, en concreto, en el de la Directiva 93/13/CEE. (C. A. C.)

**12. Cláusulas abusivas. Pronunciamiento sobre costas. Reiteración de jurisprudencia.**-La cuestión jurídica planteada, relativa a la imposición de las costas en los litigios sobre cláusulas abusivas en caso de estimación total de la demanda cuando se aprecian serias dudas de derecho, ya fue resuelta por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de septiembre de 2020. Esta resolución siguió el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, (ECLI:EU:C:2020:578).

La regulación de las costas procesales en los litigios sobre cláusulas abusivas se rige por el principio de autonomía procesal de los Estados miembros. No obstante, la regulación nacional deberá respetar en todo caso los principios de equivalencia y efectividad. En el ámbito de las cláusulas abusivas, este último principio exige dar satisfacción a otros dos, a saber, el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas, y el del efecto disuasorio del uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

El artículo 394.1 LEC dispone que «en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho». Pues bien, la excepción prevista en la segunda parte del precepto, aplicada en los litigios sobre cláusulas abusivas, haría que el consumidor tuviese que afrontar ínte-

gramente los gastos derivados de su defensa y representación, a pesar de haber vencido en el pleito. Como consecuencia de ello, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne. Siendo este el resultado, los empresarios no se verían incentivados a no incluir cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Por todo ello, no debe aplicarse la excepción al principio del vencimiento en materia de costas cuando se trata de litigios sobre cláusulas abusivas en los que el consumidor ve estimada su demanda. (STS de 26 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.-El demandante solicitó la declaración de nulidad de una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado contenida en una escritura de préstamo hipotecario. El Juzgado de lo Mercantil declaró la nulidad pretendida, y condenó a la entidad prestamista al pago de las costas. La entidad bancaria presentó un recurso de apelación, que fue estimado únicamente en relación con la condena en costas, pronunciamiento que la Audiencia Provincial dejó sin efecto por considerar que existían dudas de derecho. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el demandante en primera instancia, revoca el pronunciamiento sobre las costas contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial, y lo sustituye por el de la condena al banco demandado a su pago.

NOTA.-El pronunciamiento relevante de la STJUE *Caixa-bank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* dice lo siguiente: «el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales». (R. P. C.)

**13. Amplitud de la obligación de indemnización del vendedor derivada de la resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones.-** Una vez declarada la resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor, la obligación del vendedor de reembolsar al comprador los impuestos que este hubiera pagado como consecuencia de la tenencia del objeto del contrato comprende también la obligación de reembolso de todos los gastos en que el comprador hubiera incurrido como consecuencia de cualquier actuación relacionada con impuestos vinculados al objeto de la compraventa.

Un ejemplo de ello son las comisiones por avales exigidos para poder impugnar la liquidación del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI).

Resulta indiferente si el importe del gasto satisfecho (comisiones por avales) es mayor o menor que la reducción de la cuota del impuesto que se

logró tras la impugnación. (STS de 18 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-La mercantil «El Sol» (compradora) obtiene una sentencia estimatoria de la resolución de la compraventa de una parcela por incumplimiento de la mercantil «La Luna» (vendedora) de la obligación de demoler un edificio ubicado en los terrenos vendidos. Tras la ejecución de esta sentencia, «El Sol» interpone nueva demanda de reclamación de gastos e indemnización de daños contra la mercantil «La Luna» por los gastos derivados de la resolución del contrato. Las cantidades que reclama la compradora en este nuevo procedimiento se corresponden, fundamentalmente, con los gastos desembolsados para la ejecución del proyecto urbanístico de las parcelas.

La demanda es parcialmente estimada, con fundamento en el artículo 1124 CC. Se condena a «La Luna» a pagar los daños que solo se materializaron en el momento en que la primera sentencia reconoció a la resolución del contrato efectos *ex tunc*. Además, los intereses de esta cantidad se devengan desde el 13 de junio de 2014, fecha de la sentencia que estimó la demanda de resolución.

Ambas partes recurren en apelación. El recurso del «El Sol» es desestimado; el de «La Luna» es parcialmente estimado, reduciendo la condena dineraria al considerar la Audiencia que los gastos de sucesión procesal no deben ser reembolsados.

«El Sol» interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero es desestimado; el segundo es parcialmente estimado. (T.R.C.)

**14. Interpretación de los contratos.**-Según el Tribunal Supremo, la interpretación de los contratos corresponde al tribunal de instancia y no puede ser revisada en casación en tanto no se demuestre su carácter arbitrario o irrazonable o la infracción de uno de los preceptos que debe ser tenido en cuenta en la interpretación de los contratos. Así, podría un recurso de casación donde se alegara la disconformidad con la interpretación o calificación realizada por el tribunal de instancia cuando esta exégesis contradice abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado.

**El mutuo disenso.**-En el mutuo disenso se persigue dejar sin efecto un contrato preexistente, pero no implica una atribución de culpa o dolo a una de las partes, sino la voluntad concurrente de ambas de no cumplir lo pactado, dejándolo sin efecto. Para ello, debe existir una voluntad común y la concurrencia de los tres elementos esenciales de todo contrato: consentimiento, objeto y causa. El mutuo disenso implica la extinción de las obligaciones futuras, pero las partes deberán afrontar los pagos por prestaciones efectuadas antes del mutuo disenso. Cabe apreciar, además, el mutuo disenso como causa de resolución contractual, cuando las partes ponen de manifiesto diferencias insalvables en la prosecución y ejecución del contrato, quebrándose así el deber de colaboración pactado para llevar a buen fin el contrato. Pese a no haber incumplimiento, puede proceder la resolución del contrato a instancia de una de las partes por conformidad de la otra, lo que determinaría, no la aplicación del artículo 1124 CC, sino la concurrencia de un mutuo disenso o ruptura contractual por retracción bilateral por *contrarius consensus*. Ahora

bien, apreciado el mutuo disenso no procede la indemnización por daños y perjuicios, pues el incumplimiento queda descartado. (STS de 13 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.-El 9 de junio de 2020, la mercantil D, como subcontratista, suscribió con M, como contratista, un contrato por el que se comprometía a realizar trabajos de perforación para la inserción de un oleoducto en una obra cuya propietaria era C. El 15 de agosto, tras haber instalado 1.310 metros de tubería, se quebró la barra de perforación, provocando que la tubería del oleoducto quedara perdida bajo el mar sin sujeción ni control alguno. D, con el consentimiento de M, intentó solucionar el problema, pero, transcurridas varias semanas, ante lo infructuoso de las labores de rescate, M contrató a una tercera empresa para terminar los trabajos, invitando a D a finalizar su relación contractual, algo que ésta aceptó.

D interpuso demanda por la que se ejercitaba acción de reclamación de cantidad, solicitando que se declarara la obligación de abono de la factura correspondiente a los trabajos realizados, derivados del contrato, así como los importes derivados de los trabajos de rescate de la perforadora y otros gastos. Alega, sustancialmente, que no se produjo resolución contractual, sino mutuo disenso y, por ello, habría aceptado su retirada, creyendo que su trabajo iba a ser pagado. M formuló demanda reconventional, solicitando una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. El Juez de Primera Instancia consideró que las obligaciones entre las partes derivadas del contrato suscrito se extinguieron por mutuo disenso, pero sin que éstas llegaran a un acuerdo sobre la liquidación de la relación. Entendió el Juez que el incumplimiento contractual que hace valer D debe quedar circunscrito a la actividad desplegada en la obra hasta el momento en que se entiende consumada la desvinculación entre las partes respecto el contrato y que habría quedado sin satisfacer por la contratista. De ahí que estimara parcialmente la demanda. Por otro lado, respecto a la pretensión de indemnización de daños y perjuicios ejercitada por M, consideró que no podía ser acogida al haberse producido un mutuo disenso y no quedar determinada la causa del siniestro.

M interpuso recurso de apelación y la actora impugnación parcial. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y desestimó la impugnación, concluyendo que: a) el contrato suscrito entre las partes era un contrato puro de obra; b) D no cumplió con su obligación de entregar la obra terminada, lo que constituyó un incumplimiento esencial o sustancial del contrato; c) existe un supuesto de mutuo disenso. Ahora bien, la Audiencia hizo uso de la facultad moderadora y entendió que, con la cantidad que M recibió de la aseguradora por el siniestro, los daños reclamados estarían suficientemente compensados, por lo que precedía rechazar su recurso. En relación con D, consideró la Audiencia acreditado que M no encargó a la actora realizar algún trabajo adicional fuera de lo previsto en el contrato para recuperar el oleoducto, por lo que resulta improcedente reclamar conceptos por unos intentos de salvamento de la tubería que se ejecutaron a riesgo y ventura de la actora.

Las dos partes interpusieron recurso de casación. Entre otras alegaciones, destacan las que tienen que ver con los efectos del mutuo disenso. El Alto Tribunal concluye: 1) que se trata de un contrato de obra; 2) que se produjo un mutuo disenso que conllevó la resolución del contrato de obra; 3) que M debe pagar a D todas las cantidades pactadas que debía percibir antes del siniestro, correspondientes a las prestaciones ya efectuadas, sin que quepa aplicarles factor de moderación alguno, dado que no consta la causa del siniestro; 4) que no cabe el pago de los gastos efectuados en la recuperación de la tubería, reclamados por D, pues ésta se mantuvo en el lugar para recuperar la tubería a su riesgo y ventura; 5) que no puede atribuirse negligencia a la subcontratista por la pérdida de la tubería, pues el Juez de Primera Instancia declaró que no constaba la causa del siniestro, extremo no contradicho en la sentencia de apelación, por lo que no procede indemnización alguna por daños y perjuicios. De ahí que el Tribunal Supremo acabe estimando parcialmente el recurso de casación de D y desestimando el recurso de casación de M.

NOTA.-Sobre la interpretación de los contratos, véanse SSTs de 11 de noviembre de 2020, 19 de septiembre de 2018, 4 de abril de 2013, 27 de septiembre, 9 de mayo y 30 de marzo de 2007, 17 de noviembre y 21 de julio de 2006 y 3 de junio de 2003. Respecto al mutuo disenso, véanse SSTs de 17 de marzo de 2016, 23 de marzo y 16 de febrero de 2015, 26 de febrero de 2013, 7 de noviembre de 2012, 14 de diciembre de 2001 y 6 de octubre 2000. (S.L.M.)

**15. Compraventa de vivienda en construcción: Aval bancario de pago anticipado: Ley de 1968.**-Condenado en ambas instancias el Banco demandado como avalista colectivo, por aplicación de la Ley 57/1968, a pagar a la demandante, hoy recurrente, una parte del total de las cantidades reclamadas en concepto de anticipos más sus intereses legales, el objeto del presente recurso se reduce a determinar el concepto del devengo del interés legal, toda vez que la recurrente pide que se fije el día inicial en la respectiva fecha de entrega de las cantidades anticipadas, como acordó la sentencia de primera instancia, frente al criterio de la sentencia recurrida de fijarlo en la fecha de la interpelación judicial a la entidad avalista.

En lo que interesa, el tribunal sentenciador razona (fundamento de derecho cuarto) que si bien fijar el comienzo del devengo en la fecha de las respectivas entregas es conforme con la doctrina de esta Sala, sin embargo en este caso concreto concurrían circunstancias que impedían apreciar la mora en el Banco, pues constaba probado que la compraventa se había realizado el 14 de febrero de 2007 y que, desde entonces y hasta la fecha de interposición de la demanda (15 de diciembre de 2015), no se volvió a anticipar ninguna otra cantidad ni se formuló reclamación alguna contra el Banco, por lo que no podía considerarse que hubiera incurrido en mora «en el sentido que se indica en nuestro Código Civil, artículos 1101 y 1108».

El recurso de la demandante, por interés casacional, se articula formalmente en dos motivos pero se refiere únicamente a la cuestión del inicio del devengo del interés legal de las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas en construcción, manteniendo (con el doble argumento de que no ha existido abuso de derecho por retraso desleal y de que son remunera-

torios) que se devenguen desde cada entrega a la promotora y pidiendo en consecuencia que case la sentencia recurrida y se confirme la de primera instancia. La parte recurrida personada no ha presentado escrito de oposición al recurso.

Limitada la discrepancia de la compradora-recurrente al comienzo del devengo del interés legal de las cantidades anticipadas que se le han reconocido en el presente litigio, como lo que pide es que se fije en la fecha de cada anticipo en vez de en la fecha de la reclamación judicial al Banco avalista, el recurso ha de ser estimado por ser patente que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia consolidada de esta Sala contenida, entre otras muchas, en las SSTS 452/2020, de 21 de julio, 177/2020, de 18 de mayo, 161/2020 de 10 de marzo y 66/2020 de 3 de febrero, con cita de la jurisprudencia anterior como la SSTS de pleno 353/2019, de 25 junio 2019, según la cual los intereses a que se refieren la Ley 57 (art. 3) y la DA 1ª LOE en su redacción aplicable al caso, se devengan desde la fecha de cada anticipo, dado que se trata de intereses remuneratorios y no moratorios (lo que contradice el razonamiento de la sentencia recurrida sobre la inexistencia de mora).

De esta doctrina se aparta la sentencia recurrida pues si en ella se condenó al avalista al pago de los intereses legales desde que fue requerido de pago fue porque al asumir la instancia se estimó la demanda y ésta no contenía una petición expresa de condena al pago de intereses desde cada anticipo, del mismo modo que otras sentencias de esta Sala no han acordado el devengo de intereses desde cada anticipo, bien por razones de congruencia con lo pedido en la demanda, o bien por conformidad de la parte demandante con lo acordado en su día en la instancia, nada de lo cual concurre en este caso, toda vez que desde un principio la demandante fijó el día inicial del devengo de los intereses reclamados en la fecha de cada entrega de las cantidades anticipadas.

En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida, desestimar íntegramente el recurso de apelación del Banco demandado y confirmar la sentencia de primera instancia en su totalidad, incluido su pronunciamiento en materia de costas. Conforme al artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1 LEC procede imponerlas al Banco apelante, ya que su recurso de apelación debió ser desestimado en su totalidad. Conforme a la DA 15ª LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir en casación. (STS de 21 de diciembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.-Doña Lina, el 15 diciembre 2015, demanda a la LA CAIXA (en puridad a CAIXABANK SA) y a la entidad aseguradora UAB DRAUDIMAS BTA solicitando sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º) se declare la responsabilidad solidaria de CAIXABANK SA (antes, LA CAIXA) y UAB BTA DRAUDIMAS, dimanante de las pólizas de garantía suscritas con la mercantil TRAMPOLÍN HILLS GOLF RESORT SL, con el fin de garantizar la restitución de las aportaciones anticipadas por los actores al amparo de la Ley 57/68, siendo irrelevante al caso la inexistencia de documento aval individualizado o seguro nominativo, declarándose la eficacia de dichas pólizas como garantía solidaria de la devolución de las cantidades anticipadas por los actores, en los casos previstos en meritada norma. 2.º) Subsidiariamente, se declare la responsabilidad de ambas codemandadas por no haber cumpli-

do la obligación *in vigilando* impuesta por el artículo 1.2 *in fine* de la citada ley, al no haberse asegurado de que los anticipos depositados por los actores estaban debidamente garantizados, de modo que quedase asegurada su devolución en los casos previstos por la norma. 3.º) En consecuencia de cualquiera de los dos pronunciamientos declarativos, se declare la asimilación de los demandantes a la situación y condición jurídica que tendrían exactamente como beneficiarios y titulares de certificados de aval o seguro individual por el importe de sus correspondientes aportaciones anticipadas, condenando a ambas codemandadas solidariamente, a la restitución del principal anticipado más los intereses legales que se devenguen, desde la fecha de ingreso de cada anticipo, hasta la de efectivo pago, como previene la DA 1.ª LOE, fijándose el importe de los reintegros en 31.060 euros, en concepto de principal, más otros 11.848,31 euros, en concepto de intereses devengados desde la fecha de cada ingreso hasta el día de la interposición de la demanda, más los intereses legales que se sigan devengando desde la última fecha de cálculo de los intereses y hasta el día del efectivo reintegro de las aportaciones. 4.º) Se condene a las codemandadas al pago de las costas.

Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia, dio lugar a las actuaciones núm. 2186/2015. El 2 de febrero de 2016 la actora desistió de la acción ejercitada frente a UAB BTA DRAUDIMAS, solicitando se dictase «decreto de sobreseimiento» respecto de la misma, lo que se acordó por decreto de 10 de marzo de 2016. CAIXABANK compareció planteando la excepción de falta de legitimación pasiva *ad causam*, oponiéndose también en cuanto al fondo y solicitando la íntegra desestimación de la demanda con imposición de costas a la demandante. La Magistrada-Juez dictó sentencia el 16 de septiembre de 2016 con el siguiente fallo: «Que, estimando en parte la demanda formulada por doña Lina contra CAIXABANK SA, debo condenar a la demandada a hacer pago a la actora de la suma de 25.060 euros que se incrementará con el pago de los intereses legales».

Interpuesto por CAIXABANK SA recurso de apelación, al que se opuso la demandante, la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia de 29 de junio de 2016 con el siguiente fallo: «Primero: Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado (...) en nombre y representación de CAIXABANK SA contra la sentencia núm. 322/2016, de 16 septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia. Segundo: Se revoca parcialmente la resolución recurrida en el sentido de: Estimar parcialmente la demanda formulada por doña Lina contra CAIXABANK SA. Imponer los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial. Y mantener el resto de los pronunciamientos del fallo. Tercero: No hacer declaración sobre el pago de las costas devengadas en segunda instancia».

Contra el fallo de segunda instancia la parte demandante-apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, articulado en dos motivos: 1.º) Al amparo del motivo único contemplado por el artículo

477.1 LEC, invocando como elemento integrador del interés casacional la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial sobre abuso del derecho por retraso desleal en el ejercicio de la acción judicial, constante en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. 2.º) El motivo único contemplado por el artículo 477.1 LEC, invocando como elemento integrador del interés casacional la oposición a la doctrina jurisprudencial, sobre naturaleza y devengo de intereses, constante en las ss. de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Por Auto de 25 de octubre de 2019 se acordó declarar desistida a la recurrente del recurso extraordinario por infracción procesal y por Auto de 19 de junio de 2019 se admitió el recurso de casación, respecto del cual la parte recurrida personada no ha presentado escrito de oposición al mismo.

NOTA.-Pueden consultarse con utilidad las observaciones críticas de Arantzazu Vicandi Martínez, «La repudiación de la herencia: Una visión de conjunto», en VVAA, *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, tomo II, Madrid, 2014, pp. 1201 ss., especialmente p. 1220. (G.G.C.)

**16. Comienzo del devengo del interés legal en la restitución de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas al amparo de la Ley 57/1968, de 27 de julio.**-La Sala Primera declara que los intereses legales a restituir junto con las cantidades anticipadas por el cesionario en caso de resolución del contrato por no iniciar o no terminar el cedente la construcción en los plazos convenidos en el contrato (arts. 2 y 3 Ley 57/1968, y DA 1ª LOE) se devengan desde la fecha de cada anticipo, dado que se trata de intereses remuneratorios y no moratorios. (**STS de 21 de diciembre de 2020**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.-El 25 de abril de 2015, Pelayo interpuso demanda contra Banco CEISS solicitando que se condenara a la entidad al pago de 59.093 euros, incluidos los intereses legales devengados, desde la fecha de la entrega de las respectivas cantidades hasta la fecha de la demanda, por incumplimiento de la Ley 57/1968. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Frente a esta resolución, CEISS interpuso recurso de apelación que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, al entender que el inicio del cómputo del devengo de intereses no era la fecha del pago, sino la de la interpelación judicial. don Pelayo interpuso recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia. La Sala Primera casó la sentencia recurrida, pero asumió la instancia, dada la incongruencia de la sentencia dictada por el Juzgado. (A.I.R.A.)

**17. Transacción. Cláusula suelo.**-El documento privado objeto de enjuiciamiento contiene dos estipulaciones relevantes. En la primera se pacta que, a partir de la fecha de suscripción del referido documento privado, y para el resto del contrato de préstamo, el tipo de interés mínimo aplicable será el 3 %. En la segunda las partes ratifican la validez del préstamo originario y renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha.

La primera, por sí sola, y al margen de la segunda, constituye una modificación o novación de la cláusula suelo. La segunda, en cuanto contiene una renuncia al ejercicio de acciones, tiene su causa en la reducción de la cláusula suelo, de forma que ambas constituyen los dos elementos esenciales de un negocio transaccional: el banco accede a reducir el suelo y el cliente, que en ese momento podía ejercitar la acción de nulidad de la originaria cláusula suelo, renuncia a su ejercicio.

**Cláusula de novación. Control de transparencia.**-Una cláusula potencialmente nula, como la cláusula suelo, puede ser modificada por las partes con posterioridad, pero si esta modificación no ha sido negociada individualmente, como es el caso, sino que la cláusula ha sido predispuesta por el empresario, debería cumplir con las exigencias de transparencia. Para cumplir con dichas exigencias debe situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de tal cláusula. En particular, ha de partirse de las concretas circunstancias concurrentes. En primer lugar, destaca el contexto en el que se lleva a cabo la novación: unos meses después de dictarse la STS 241/2013, de 9 de mayo, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia, y que el efecto de esta nulidad sería a partir de la fecha de dicha sentencia. En segundo lugar, la transcripción manuscrita en la que los prestatarios afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés de sus préstamos nunca bajará del 3 % no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, pero sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. En tercer lugar, consta el conocimiento del consumidor de la evolución del índice de referencia y sus concretas consecuencias económicas. Por todo lo cual, se concluye que la cláusula de novación cumplía con las exigencias de transparencia.

**Cláusula de renuncia.**-En cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones dentro de un acuerdo transaccional, se advierte que dicha renuncia va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado –del contrato de préstamo–, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha. Si la cláusula de renuncia se hubiera limitado a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, en ese caso, podría ser tenida en consideración para analizar si la información suministrada resultaba suficiente, en atención a las circunstancias del caso, para comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca a cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez.

**Nulidad parcial de la transacción.**-En consecuencia, se aprecia la validez de la estipulación que modifica la originaria cláusula suelo y la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones. Esta última cláusula se debe tener por no puesta y por ello ha de ser removida del contrato transaccional. Subsiste el resto del acuerdo, que, una vez suprimida la cláusula de renuncia de acciones, gira esencialmente en torno a la cláusula que reduce el suelo al 3 %. Esta modificación de la cláusula suelo opera únicamente a partir de la fecha del contrato privado, de 5 de noviembre de 2013. Por ello, se declara la nulidad de la cláusula suelo establecida en las escrituras de préstamo hipotecario de 18 de enero de 2008 y 16 de marzo de 2009, que se tienen por no puestas y en su consecuencia procede la restitución de las cantidades indebidamente

cobradas en aplicación de esas iniciales cláusulas suelo. (STS de 26 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.-El 18 de enero de 2008 y el 16 de marzo de 2009, dos personas físicas concertaron con un banco sendos préstamos hipotecarios para la compra de una vivienda. En cuanto a los intereses, se pactó un interés variable de Euribor más 0,9 % y más 1,40 %, con un suelo del 4,5 % y 4,25 % respectivamente. El 5 de noviembre de 2013, el banco concertó con ambos prestatarios dos contratos privados que modificaban los anteriores. En la estipulación primera de ambos documentos se incluyó la siguiente cláusula: «Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 3 %, en sustitución del convenido inicialmente. En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 3 %, ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último». Y la estipulación tercera de ambos contratos es del siguiente tenor: «Las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». Estos documentos contienen la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con su firma, del siguiente texto: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 3 % nominal anual».

Los prestatarios interpusieron una demanda en la que pidieron la nulidad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo incluida en los dos contratos de préstamo hipotecario de 18 de enero de 2008 y 16 de marzo de 2009, así como su posterior rebaja al 3 % mediante documento privado. El juzgado de primera instancia estimó la demanda.

Recurrida en apelación por el banco la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Frente a la sentencia de la Audiencia, el banco interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**18. Comunidad de bienes que desarrollan actividad mercantil y contrato de sociedad. Diferencia por sus fines y operatividad.**-La jurisprudencia ha reconocido que a veces resulta dificultoso diferenciar entre las comunidades de bienes y el contrato de sociedad, precisando las características que distinguen una y otra figura jurídica, pues si bien son coincidentes en darse una situación de voluntades en unión, no lo son en cuanto a sus fines y operatividad. Así se precisó que las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindivisa, perteneciente a varias personas (art. 392 CC), lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En cambio, las sociedades [civiles], aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, este se aporta al tráfico comercial ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo para obtener

ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas.

**Diferencia por su diferente carácter estático y dinámico.**-La jurisprudencia ha destacado el carácter estático y de mera utilización consorcial de los bienes, con finalidades de conservación, en las comunidades de bienes, frente al carácter dinámico y de explotación económica de los bienes en el caso de las sociedades: de este modo la sociedad, como situación dinámica, ordenaría su explotación con arreglo a una organización económica de sus medios (empresa), y con la finalidad preferente de lograr unas ganancias para partirlas entre sus partícipes. Por contra, la comunidad ordenaría su explotación, de forma estática, con arreglo a la mera utilización y aprovechamiento consorcial de los bienes, conforme a su función productiva y a la finalidad de conservación o mantenimiento de los mismos.

**Diferencia por régimen jurídico aplicable.**-Además, distingue entre el régimen aplicable a la titularidad de los bienes y a las relaciones entre los socios/comuneros en las *sociedades civiles internas*: el párrafo segundo del artículo 1669 CC dispone que las sociedades civiles internas, que describe su párrafo primero, *se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes*. Ahora bien, las palabras iniciales del artículo 392 CC, *A falta de contratos*, muestran que, *de las prescripciones de este título [De la comunidad de bienes, solo son directamente aplicables a las sociedades internas aquellas normas que estructuran la titularidad sobre el patrimonio o fondo común; y que las relaciones entre los socios/comuneros se regirán, en principio, por las normas del contrato de sociedad]*.

**Diferencia por la mercantilidad de la actividad.**-La jurisprudencia resalta como elemento determinante de la distinción, para calificar la naturaleza de la sociedad, la nota de la *mercantilidad* de la actividad que integra el objeto social, cuando no se cumplen las formalidades legales exigibles para su constitución, y ello con independencia de la denominación de *sociedad civil* que se pueda consignar en el pacto constitutivo, denominación que per se no altera aquella naturaleza. En este sentido, la jurisprudencia mantiene la tesis que distingue las sociedades civiles de las mercantiles (que no sean de capital, a las que son aplicables el principio de mercantilidad por la forma ex art. 2 LSC) atendiendo al criterio de la materia, el objeto social, o su finalidad, de manera que serán mercantiles las sociedades constituidas para la realización de actos de comercio (*ejercicio del comercio*), y civiles cuando no concorra tal circunstancia. Por ello, no cabe considerar civil a la sociedad cuando su dedicación es una actividad comercial.

**Comunidades de bienes funcionales o empresariales. Notas caracterizadoras.**-Recientemente, la jurisprudencia ha identificado las notas caracterizadoras de las denominadas comunidades *funcionales* o *empresariales*, que trascienden la mera copropiedad, actuando unificadamente en el tráfico, asimilando sus características a las propias de las sociedades irregulares de tipo colectivo; se trata de una comunidad de bienes –de las también denominadas doctrinalmente como *dinámicas* o *empresariales*– que presenta las siguientes notas: (i) origen convencional, formalizada en escritura pública; (ii) vinculada funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de [...]); (iii) que presenta características propias de las sociedades irregulares [de tipo colectivo]; (iv) dotada de una organización estable, a través de un órgano de administración regulado en sus estatutos (con atribución de amplias facultades de gestión y representación) y financiero-contable (igualmente regulada en sus estatutos); (v) que actúa en el tráfico como cen-

tro de imputación de determinados derechos y obligaciones, entre ellos los de naturaleza tributaria, como; sujeto autónomo u obligado tributario (art. 35.2 LGT); (vi) además, ostenta legalmente la condición de empresario a efectos laborales ( art. 1 del Estatuto de los Trabajadores); (vii) y por ello tiene legalmente reconocido algunos de los efectos propios de la personalidad jurídica; (viii) y entre estos efectos debe incluirse el del reconocimiento de su legitimación y capacidad procesal cuando la acción que ejercite (art. 6.1. LEC) o frente a la que se defienda (art. 6.2 LEC) esté vinculada a alguno de los derechos u obligaciones cuya titularidad ostente.

**Solidaridad entre todos los socios.**-Una vez reconducido el régimen jurídico aplicable a la Comunidad de bienes que desarrollan actividad mercantil al propio de las sociedades colectivas, como modalidad de sociedad mercantil personalista, resultan de aplicación las previsiones del artículo 127 CCO, conforme al cual, todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla.

**Sociedad irregular. Existencia.**-En cuanto a la existencia de la sociedad mercantil irregular es de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial según la cual desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de la sociedad de naturaleza mercantil, dada la naturaleza de las operaciones que la sociedad había de desarrollar, con lo que se viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad.

**Ausencia de inscripción en el Registro Mercantil.**-El carácter irregular de la sociedad, por la falta de la inscripción en el Registro Mercantil (art. 39 LSC) no desnaturaliza tal carácter mercantil en las relaciones mediante entre los socios siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las de las colectivas.

**Aplicación del régimen de las sociedades colectivas.**-Este carácter de sociedad mercantil irregular y la remisión de su régimen jurídico al propio de las sociedades colectivas en sus relaciones externas, ya fue acogida por numerosas sentencias admitiendo la existencia de sociedad irregular mercantil concertada en documento privado y aun de forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las colectivas, con aplicación de la normativa específica del Código de Comercio, tal como establecen también las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado al decir que es insuficiente la voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico.

**Relaciones con terceros y pactos entre socios.**-La jurisprudencia ha diferenciado el plano de las relaciones con terceros y el de los pactos entre los socios: la sociedad irregular con actividad mercantil ha de regirse por las normas de la sociedad colectiva respecto de terceros y por sus pactos entre los socios y en cuanto ha enfatizado que el carácter irregular de la sociedad no puede ser invocado por los socios para impedir el cumplimiento de las obligaciones contraídas, la responsabilidad de los socios en la sociedad colectiva se rige por la norma del artículo 127 del CCO, norma de derecho necesario que no puede excluirse. Ello comporta la responsabilidad de todos

los socios por las operaciones efectuadas por quien tenía no solo poder para administrar, sino legitimación general para contratar en nombre de la sociedad. (STS de 10 de diciembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.-Se constituyó una comunidad de bienes X por los hermanos I., don A1., J. L., A.2 y A.3. El contrato de constitución de esta titula *Constitución de comunidad de bienes*, mencionando que se trata de un *Contrato de sociedad civil que estará dedicada a la agricultura y ganadería y a la transformación de sus productos, así como la venta en general de productos alimenticios*. El demandante, H. tuvo relaciones comerciales, en concepto de proveedor, con la citada Comunidad de Bienes por lo que emitió diversas facturas, ante el impago de las mismas, H. promovió procedimiento monitorio en reclamación de dicha deuda contra la mencionada comunidad y los cinco hermanos. I. formuló oposición alegando falta de legitimación pasiva, así como que en la fecha a la que se refieren las relaciones mercantiles de las que surgió la deuda ya no formaba parte de la comunidad de bienes (por haber remitido previamente comunicación por burofax a sus hermanos en ese sentido). El demandante no solicitó ejecución frente al resto de los codeemandados que no se opusieron en el procedimiento monitorio y, en su lugar, presentó demanda en juicio ordinario exclusivamente frente a I., que sí se había opuesto en aquel procedimiento. La parte demandante reclamaba la cuantía adeudada más los intereses legales desde la interposición de la demanda. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Illescas desestimó la demanda, absolviendo al demandado de todos los pedimentos de la parte actora. Recurrida en apelación por la representación procesal de H., la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida, imponiendo las costas procesales a la parte apelante. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N.D.L.)

**19. Cláusula que impone al prestatario todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario. Consecuencias de la nulidad.**-La apreciación del carácter abusivo de la cláusula contractual que atribuye a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, conlleva su inaplicación. Pero, cosa distinta es que, en cuanto a sus efectos, y dado que los gastos deberán ser abonados a terceros ajenos a los contratantes (funcionarios públicos sujetos a arancel, gestores, etc.), se determine cómo deben distribuirse tales gastos, no en función de la cláusula anulada, sino de las disposiciones legales aplicables supletoriamente. De tal forma que, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debía entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos cuestionados.

**Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.**-En lo que respecta a este impuesto, habrá que estar a las siguientes reglas: a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el presta-

tario. b) En lo que respecta al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario. c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite. d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad Actos Jurídicos Documentados que grava los documentos notariales. De acuerdo con esta doctrina, la declaración de nulidad de la cláusula relativa a los gastos no podía conllevar la atribución de todos los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados al banco prestamista pues, con las matizaciones examinadas, el principal sujeto pasivo obligado al pago de este tributo era el prestatario.

**Gastos de notaría.**-En cuanto a los gastos de notaría, la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista. Pero como el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento. El mismo criterio resulta de aplicación a la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto. Y por lo que respecta a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés. De acuerdo con este criterio jurisprudencial, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad, razón por la cual el banco demandado solo podía ser condenado a reintegrar la mitad.

**Gastos del Registro de la Propiedad.**-Por lo que respecta a estos gastos, el arancel de los Registradores de la Propiedad los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

**Gastos de gestoría.**-Ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que imponga al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabe negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. **(STS de 27 de enero de 2021;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**-El 27 de noviembre de 2014, una persona física concertó con un banco un préstamo con garantía hipotecaria. La cláusula quinta del contrato, bajo la rúbrica «Gastos a cargo de los prestatarios», disponía que serían de cargo de los prestatarios los

gastos ocasionados y pendientes de pago o bien producidos en el futuro, por los siguientes conceptos: «a) tasación del Inmueble hipotecado; b) aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca; c) impuestos de cualquier tipo y naturaleza originados por este contrato, sea quien fuere el sujeto pasivo del tributo; d) tramitación de la escritura ante el registro de la propiedad y la oficina liquidadora de impuestos». En cumplimiento de esta cláusula, el prestatario realizó los siguientes pagos: 609,19 euros de gastos notariales; 226,56 euros de gastos por la inscripción registral; 1.953,60 euros del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados; 296,53 euros por la tasación del inmueble; y 508,20 euros por gastos de gestoría. En total 3.594,03 euros.

El prestatario interpuso una demanda en la que pedía la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, letras a), b), c) y d), y, en su consecuencia, que se condenara al banco demandado a devolver 3.594,03 euros. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el banco demandado. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.

Frente a la sentencia de apelación, el banco interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.ª M. F.*)

**20. Préstamo hipotecario. Resolución por incumplimiento. Vencimiento anticipado.**-Los presupuestos de la resolución del artículo 1124 CC y los del vencimiento anticipado del artículo 1129 CC no son idénticos, pero su aplicación conduce a consecuencias prácticas semejantes cuando se trata del incumplimiento por el prestatario de sus obligaciones.

En las obligaciones recíprocas, el artículo 1124 CC permite al perjudicado optar entre el cumplimiento y la resolución del contrato. La STS 432/2018, de 11 julio, sentó como doctrina que es posible resolver el contrato de préstamo cuando el prestatario incumple de manera grave o esencial la obligación de devolver el capital en ciertas cuotas o abonar los intereses remuneratorios pactados. A falta de una norma que concrete cuándo es resolutorio el incumplimiento del deudor por impago de las cuotas del préstamo, resultan ilustrativos y pueden servir como pauta orientativa los criterios fijados por el legislador en el artículo 24 LCCI.

Por otra parte, cuando se produce alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1129 CC, el acreedor está facultado para exigir el cumplimiento íntegro de la obligación. El vencimiento anticipado no se produce de manera automática, pero basta con una comunicación extrajudicial del acreedor, que podrá después exigir judicialmente el pago del capital pendiente y las cuotas vencidas e impagadas si el deudor no cumple voluntariamente lo solicitado. Entre los supuestos que permiten al acreedor anticipar el vencimiento de la obligación se encuentra la insolvencia sobrevenida del deudor (art. 1129.1.º CC). El precepto no exige que medie una previa declaración formal de insolvencia y es suficiente la constatación de la falta de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles. Sobrevenida la pérdida de solvencia patrimonial del deudor después del nacimiento de la obligación garantizada por hipoteca,

para evitar el vencimiento anticipado sería preciso que el deudor ofreciera una nueva garantía frente al incumplimiento ya producido, sin que en otro caso resulte exigible al acreedor que espere al término final de la operación para hacer efectivo su crédito. En efecto, el artículo 1129 CC alude a las obligaciones sometidas a un término para el cumplimiento y debe entenderse que es aplicable cuando se han establecido plazos consecutivos para el pago y se produce un incumplimiento de entidad suficiente para revelar la falta de seguridad del pago del crédito. Todos los supuestos que se establecen expresamente en el artículo 1129 CC (insolvencia sobrevenida, no otorgamiento de las garantías comprometidas, disminución o desaparición de las garantías) se fundamentan en el riesgo que suponen para que el acreedor pueda ver satisfecho su derecho de crédito, riesgo que ya se ha materializado cuando el deudor ha incumplido el pago consecutivo de varias cuotas del préstamo y no procede a reparar la situación.

**Límites de la sentencia declarativa.**-La demandante, además de la declaración de vencimiento anticipado y la condena al pago, solicitó que se «ordene, a los efectos de realización del derecho de hipoteca referido en este escrito, la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, identificado en los hechos de esta demanda, lo que se verificará en ejecución de sentencia, de acuerdo con las reglas que resultan del Capítulo IV, Libro III de la LEC (arts. 681 y ss.): a) El producto de la venta del inmueble será destinado al pago del crédito garantizado de mi mandante en el importe a cuyo pago venga condenado el prestatario en la sentencia, incluyendo los pronunciamientos relativos a los intereses moratorios devengados tras la interpelación judicial, con la prelación derivada de la garantía hipotecaria. b) A los efectos de la subasta, servirá de tipo o avalúo del inmueble el tipo pactado por las partes en la escritura de hipoteca [...]». Pero según el Tribunal Supremo, excede del contenido propio de la sentencia declarativa de condena incluir un pronunciamiento sobre el procedimiento que debe seguirse para su ejecución en caso de que el deudor no cumpla voluntariamente aquello a lo que se le ha condenado. Habrá de ser el acreedor quien, mediante la interposición de la correspondiente demanda ejecutiva, inicie un procedimiento en el que se decidan todas las peticiones que sobre la ejecución se susciten. Al no ser la Sala de lo Civil juez de la ejecución no puede pronunciarse sobre la subasta de la finca hipotecada, aunque la entidad demandante sea acreedora hipotecaria, y la hipoteca subsista, pues aquella ha optado por reclamar el cumplimiento del crédito en un procedimiento declarativo y va a obtener una sentencia de condena dineraria que, como tal, podrá ejecutarse conforme a las reglas generales de la ejecución ordinaria. En consecuencia, no procede acoger el pronunciamiento solicitado sobre la ejecución para el caso de falta de cumplimiento voluntario de esta sentencia por parte de los deudores. **(STS de 2 de febrero de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-El 1 de junio de 2004, un banco concedió a dos personas físicas un préstamo que fue garantizado con hipoteca sobre una finca de la que era propietario uno de los prestatarios. El 16 de septiembre de 2016, dicho banco interpuso una demanda de juicio ordinario contra los prestatarios, por la que solicitó, de manera principal, la declaración de vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes y la condena al pago de la totalidad de las cantidades debidas. Con carácter subsidiario, para el caso de que se desestima-

ra la pretensión de vencimiento anticipado, solicitó la condena al pago de la cantidad vencida en el momento de interposición de la demanda. En la demanda se alegaba que los deudores habían dejado de satisfacer sus obligaciones desde el 1 de marzo de 2013 al 21 de julio de 2016.

Los demandados se opusieron a la demanda y solicitaron su desestimación y/o la declaración de abusiva y nula de la cláusula de vencimiento anticipado y, «en el peor de los casos», que se estimara la pretensión subsidiaria. La sentencia de primera instancia estimó la demanda en el sentido de condenar a los demandados a abonar solidariamente la cantidad vencida en el momento de interposición de la demanda.

Los demandados se aquietaron a la sentencia y la entidad demandante interpuso recurso de apelación en el que solicitó la estimación de su pretensión principal. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del juzgado.

Contra la sentencia de la Audiencia interpone la parte demandante recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

## **21. Productos sanitarios. Organismo notificado en el marco de la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 junio 1993. Levantamiento del velo.**

La doctrina del levantamiento del velo no permite sin más exigir responsabilidad de manera indistinta a una u otra de las empresas de un mismo grupo empresarial. En principio, debe respetarse la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por cada entidad. El carácter excepcional del levantamiento del velo exige que se acrediten aquellas circunstancias (que pueden ser muy variadas, pero no constituyen un *numerus clausus*) que evidencian el abuso de la personalidad de la sociedad. Así, la doctrina del levantamiento del velo no justificaría por sí sola la condena a una entidad diferente del organismo notificado por el hecho de que fueran empresas del mismo grupo. Además, que se trate de empresas del mismo grupo no significa que pueda emplazarse a una en el domicilio de otra, ni se puede imponer que los empleados de una empresa del grupo acepten y recojan la documentación dirigida a otra empresa; ni, en consecuencia, puede considerarse bien hecho el emplazamiento. Por otra parte, careciendo el grupo como tal de personalidad, tampoco podía atribuirse a la filial española su representación para comparecer.

## **Productos sanitarios. Organismo notificado en el marco de la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 junio 1993. Responsabilidad.**

Se trata de una cuestión que el Tribunal Supremo observa de pasada, pero que parece lo suficientemente importante como para dejar constancia de ello aquí. Los organismos que ejecutan los procedimientos de evaluación de la conformidad de los productos no responden con arreglo a la normativa específica de productos defectuosos. Ahora bien, si han actuado negligentemente en el desempeño de sus funciones de control, de modo que pudiendo hacerlo no han detectado el riesgo y, por el contrario, certifican la calidad del producto, su responsabilidad puede fundamentarse en las reglas generales de responsabilidad civil; si bien el perjudicado no deberá recibir una doble indemnización por los mismos daños. Las condiciones de responsabilidad del organismo notificado se rigen por el Derecho nacional, sin perjuicio de la aplicación de

los principios de equivalencia y efectividad. (STS de 18 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-En 2006, una mujer se sometió a una intervención quirúrgica de aumento de pecho. Siete años después se comprobó la rotura de una de las prótesis que le habían sido implantadas, por lo que se sometió a una segunda intervención para su explantación. La mujer interpuso una demanda contra, entre otros, y en lo que ahora interesa, «TÜV Group (cualquiera que sea su denominación en el mercado)», emplazándola a través de su filial española TÜV Rheinland Ibérica S.A. La responsabilidad de la demandada se basaba en el incumplimiento de los deberes de auditoría de calidad que, como organismo notificado, le imponía la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 junio 1993, relativa a los productos sanitarios.

TÜV Rheinland Ibérica S.A. intentó justificar que no era ella la entidad a quien se demandaba, y que no cabía citar a esta última en el domicilio de aquella. En particular, explicó que la filial española y «TÜV Rheinland Aktiengesellschaft» eran entidades independientes, con personalidad jurídica distinta, que TÜV Rheinland Ibérica S.A. no había participado en el procedimiento de certificación de las prótesis, y que el organismo notificado había sido la empresa alemana «TÜV Rheinland LGA Products GmbH». Asimismo, señalaba que «TÜV Group» no podía ser considerada como codemandada porque no era ninguna entidad legal. Finalmente, el juzgado tuvo a la filial española por personada en el proceso, declarando no haber lugar a que la demanda se tuviese por dirigida contra «TÜV Rheinland AG».

La sentencia de primera instancia apreció de oficio falta de legitimación pasiva y absolvió a la mencionada filial española. La demandante interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, condenando a «TÜV Group (de la que forman parte TÜV Rheinland Aktiengesellschaft y TÜV Rheinland Product Safety GmbH)» al pago de una indemnización. La filial española interpuso sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima tales recursos, declarando la nulidad de las actuaciones por lo que se refiere a la personación de la recurrente y ordenando su reposición al momento en el que debió emplazarse a «TÜV Rheinland LGA Product Safety GmbH». (R. P. C.)

## **22. Accidente de tráfico interviniendo un único vehículo. Vehículo matriculado en país distinto de aquel en el que tiene lugar el siniestro. Responsabilidad por daños. Ley aplicable.**

-Cuando interviene en el accidente un solo vehículo y este se encuentra matriculado en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio ha ocurrido el siniestro, el artículo 4 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 indica varias hipótesis en las cuales la ley aplicable para determinar la responsabilidad es la ley interna del Estado en el que el vehículo está matriculado. En particular, respecto de una víctima que viajase como pasajero, se aplica aquella ley cuando tuviese su residencia habitual en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio ha ocurrido el accidente. En los accidentes en los que están involucradas varias víctimas, la ley

aplicable se determina por separado en relación con cada una de ellas. En el accidente concreto que da lugar al pleito, una de las víctimas tenía su residencia habitual en España, lo que determinaba la aplicación de la ley española. Sin embargo, las otras dos se hallaban domiciliadas en el lugar del accidente, de tal modo que la ley de este lugar era la aplicable con respecto a ellas, resultando irrelevante el domicilio del conductor.

**Accidente de tráfico fuera de España. Mora del asegurador. Intereses del artículo 20 de la Ley de contrato de seguro (LCS).**-La obligación de pago del asegurador se presume existente desde la realización del siniestro típico, si bien es natural que la compañía se cerciore de su existencia, de las circunstancias en que se produjo y de hallarse cubierto por el contrato suscrito, así como, en su caso, de cuantificar el daño; pero dichas comprobaciones han de ser llevadas con celeridad y diligencia, respetando las normas legales de liquidación, todo ello a los efectos de evitar incurrir en la mora. En efecto, de conformidad con el artículo 20.4 LCS, «la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100».

Sin embargo, el artículo 20.8 de la misma ley dispone que «no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable». Solo concurre una causa justificada cuando se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar. En otras palabras, solo cuando la resolución judicial deviene imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura. El mero hecho de entablar una reclamación judicial, tras la negativa de la compañía aseguradora de hacerse cargo del siniestro, no deja sin efecto la aplicación del artículo 20 LCS. La judicialización que excluye la mora es la fundada en razones convincentes que avalan la reticencia de la compañía a liquidar puntualmente el siniestro: acudir al proceso no permite presumir la racionalidad de la oposición a indemnizar. En particular, según una reiterada jurisprudencia, la discrepancia sobre la cuantía de la indemnización no es causa justificada de demora en la obligación de indemnizar. (STS de 1 de febrero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

**HECHOS.**-Una persona conducía por Marruecos un automóvil matriculado en España cuando, sin la intervención de ningún otro vehículo, se salió de la calzada y dio vueltas de campana. En el siniestro fallecieron otros dos ocupantes del coche, resultando lesionada una tercera persona. Los herederos de los fallecidos y la lesionada presentan una demanda de responsabilidad civil contra el conductor y contra la compañía aseguradora.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia fijó las correspondientes indemnizaciones aplicando la ley española en relación con uno de los fallecidos, al tener su residencia en España; mientras que con respecto al otro y a la persona que sufrió lesiones, aplicó la ley marroquí, porque era en este país donde tenían su

domicilio. Además, no fueron aplicados los intereses de demora del artículo 20 LCS, con el argumento de la existencia de serias dudas sobre la condición de residentes de los demandados y, por ende, de la normativa aplicable. La sentencia fue recurrida por los demandantes, cuestionando la no aplicación de la ley española respecto de todas las víctimas, así como la no imposición de los intereses del artículo 20 LCS, pero la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los herederos del fallecido domiciliado en Marruecos y por la persona que sufrió lesiones, y también el recurso por infracción procesal interpuesto por los herederos del fallecido domiciliado en España; pero estima el recurso de casación interpuesto por los herederos de este último, condenando a la compañía de seguros a satisfacer los intereses de demora del artículo 20 LCS. (R. P. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**23. La acción de tutela sumaria de la posesión: Finalidad.**-La discusión sobre el título constitutivo del eventual derecho a la posesión del demandante interdictal excede del ámbito de esta clase de procedimiento, pues se trata de un simple proceso sumario en el que no se deciden definitivamente cuestiones de propiedad o de mejor derecho a poseer, reservadas para su posterior juicio declarativo, dado que basta para otorgar al actor la protección interdictal con la existencia de una apariencia razonable de titularidad, por cuanto es suficiente tal apariencia para que se mantenga el *statu quo* que el demandado ha pretendido alterar, dada la naturaleza cautelar del proceso que se concibe únicamente en función de otro principal e incluso en ocasiones posterior, del que es procedimiento instrumental o subordinado (Véanse SSTs 21 de abril de 1979, 8 de febrero de 1982, 29 de julio de 1993 y 7 de julio de 2016).

**Características.**-Los procesos derivados de las acciones de tutela sumaria de la posesión del artículo 250.1.4.º LEC, son procesos cautelares, conservativos y dirigidos a la tutela de la posesión como hecho, con objeto de evitar por razones de orden público y paz social la defensa privada, y en los que no se discute ni el derecho de propiedad ni cualquier otro, que otorgue el mejor derecho a poseer, sino la realidad fáctica de la situación posesoria violentada.

Se trata de una mera garantía para mantener el orden público, evitando los conflictos que pudieran generarse de acudir a las vías de hecho, y que concede la tutela provisionalmente, con independencia del derecho sustantivo subyacente.

**Las acciones de tutela sumaria de la posesión son negadas al usuario por mera tolerancia.**-Pero cuando esas acciones recaen sobre un verdadero estado posesorio, que conlleva la utilización o disfrute de manera continuada y exteriorizada, se ha admitido la procedencia de estas acciones frente al despojante (STS 467/2016, de 7 de julio).

**Diferencias entre despojo y perturbación, a efectos posesorios.**-El despojo se corresponde con aquellos hechos materiales que se concretan en la privación total o parcial del goce de la cosa poseída. La perturbación se identifica con las conductas que, sin la voluntad del poseedor o en contra de ella, suponen una invasión o una amenaza de invasión de la esfera posesoria

que, sin llegar a su privación, la pone en duda e impide o dificulta su libre ejercicio, tal y como venía realizándose antes de que el poseedor fuese inquietado en ella. En el ámbito de la perturbación posesoria se incluye no solo la que tiene un efecto material actual, sino que también comprende todo acto o conducta que manifieste la intención de inquietar o despojar al poseedor, de forma que este tenga fundados motivos para creer que será inquietado o perturbado.

La perturbación de la posesión puede venir, por tanto, no solo de actos materiales, sino también de meras expresiones verbales (SSTS 477/2011, de 7 de julio), siempre que se concreten en actos o expresiones exteriores, precisos y claros, conducentes a la privación, total o parcial, del goce de la cosa poseída o en la alteración del *status* anterior que se pretende restaurar a través de la acción de protección sumaria de la posesión.

**La Ley no subordina la protección posesoria de la arrendataria, que también es socia de la sociedad propietaria del inmueble arrendado, a la previa impugnación del acuerdo social de eliminación del tabique de separación realizado por la propia arrendataria.**-El contrato de sociedad, en principio, no interfiere en la relación arrendaticia, de forma que los derechos que a uno de los socios corresponde por razón del contrato de arrendamiento, o por su situación posesoria sobre el objeto arrendado, no quedan disminuidos o anulados por el hecho de su condición de miembro de la compañía arrendadora. (STS de 15 de diciembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.-Una entidad mercantil formada por una madre y sus hijos, propietaria de un edificio que no constaba dividido en régimen de propiedad horizontal, fue demandada por uno de los hermanos que era socio con el 17,14 % de las participaciones sociales.

La sociedad y la actora habían suscrito un contrato de arrendamiento de un piso del inmueble (cuya superficie catastral era de 78 metros cuadrados), por una duración de 99 años y con una renta mensual de 31.000 pts. Posteriormente, la demandante realizó obras de ampliación de la vivienda arrendada, y amplió la superficie del piso arrendado de 78 metros cuadrados a 160,43 metros cuadrados, anexionando para ello dependencias de otro piso. No hay constancia de la autorización de la propietaria, pero la obra fue conocida, consentida y tolerada por ésta.

Trece años después de la anexión se celebró junta general ordinaria de accionistas de la sociedad demandada en la que se adoptó el siguiente acuerdo: Eliminación del tabique de separación realizado por la actora. El acuerdo recibió los votos favorables de los socios que representaban el 65,62 % del capital social. La demandante votó en contra. La actora no impugnó ese acuerdo social.

En la demanda se solicitaba tutela sumaria de la posesión contra la sociedad. El juzgado desestimó la demanda. La audiencia no apreció el recurso de apelación y el Tribunal Supremo dio lugar a la casación. (I.D.-L.)

#### **24. Propiedad Horizontal: alteración de elementos comunes.- Obras susceptibles de ejecución por los propietarios de viviendas para su transformación en locales comerciales: apertura de huecos en fachada (art. 7**

**LPH).**-Los copropietarios tienen plena libertad para establecer el uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, a no ser que dicho uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por su título constitutivo o los estatutos (STS 542/2013, de 1 de octubre, con cita de otras) . Para determinar la conformidad a derecho de las obras de adecuación de los locales comerciales a los fines de explotación susceptibles de ser destinados, debe adoptarse un criterio flexible y atender a las circunstancias del caso. En la aplicación del artículo 7 LPH, no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, dado que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, por lo que, aunque la fachada es todo lo correspondiente a la parte exterior del edificio, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, pues cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, como en cualquier cambio de su configuración externa en atención a la actividad que se va a desarrollar en los locales (SSTS 7/2010, de 11 de febrero; 196/2011, de 17 de enero de 2012; 330/2011, de 18 de mayo, y 427/2016, de 27 de junio). De este modo, los propietarios de los locales situados en la planta baja pueden ejecutar obras necesarias para el desarrollo de su actividad comercial que supongan una alteración de la fachada del edificio, siempre y cuando no menoscaben o alteren la seguridad del inmueble, su estructura general, y no perjudiquen los derechos de otro propietario (STS 330/2011, de 18 de mayo, reproducida en la STS 427/2016, de 27 de junio). Además, cuando el título constitutivo prevea la posibilidad de segregación de un local comercial, implícitamente está autorizando como consecuencia natural de lo anterior la apertura de una salida independiente, la cual no podrá perjudicar la seguridad, estabilidad y estética del edificio ni perjudicar los derechos de terceros (STS 728/2010, de 15 de noviembre). **(STS de 15 de diciembre de 2020;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

**HECHOS.**-Los copropietarios de una vivienda ejecutaron unas obras para convertirla en un local, que consistieron en la transformación de dos ventanas en dos puertas para dotarle de acceso desde la vía pública. Estas obras, que suponían una alteración de la fachada del edificio, fueron ejecutadas sin comunicación al resto de copropietarios del edificio y sin su consentimiento unánime. La propietaria de otra vivienda formuló demanda contra los copropietarios que habían ejecutado las obras, con la petición de que se declarasen no ajustadas a derecho y se les condenase a reponer la fachada a su estado original. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia acogió el recurso de apelación interpuesto por la demandante al considerar que las obras conllevaban un cambio total en la configuración exterior del edificio. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados al apreciar que las obras producen un escaso impacto visual en la fachada, sin que se haya probado que menoscaben o alteren la seguridad o estructura general del edificio, ni que ocasionen un perjuicio a la demandante.

**NOTA.**-Esta sentencia es una muestra más de la evolución legislativa y jurisprudencial tendente a flexibilizar el cambio de uso de las partes determinadas de inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal. En este sentido, hasta la reforma de la LPH de 1999, de acuerdo con el artículo 7, el copropietario únicamente podía hacer

lo que estuviese expresamente permitido dado que este precepto prohibía lo no autorizado en los estatutos. A partir de 1999, la labor de los estatutos no es la de recoger lo permitido, sino la de prohibir actividades, de manera que todo lo no prohibido de forma expresa en ellos debe entenderse permitido, siempre y cuando se respete los restantes límites previstos en el artículo 7 LPH. Además, la reforma de la Ley 8/2013 derogó el artículo 12 LPH que asimilaba los acuerdos de ejecución de obras que supusieran la alteración de elementos comunes a una modificación del título constitutivo, y que comportaba la exigencia de unanimidad para aquellas de conformidad con el artículo 17.6 LPH. En cuanto a la evolución jurisprudencial, de acuerdo con las sentencias citadas resulta posible el cambio de uso de las partes determinadas siempre que no se encuentre prohibido en el título constitutivo o en los estatutos [sobre esta evolución *vid.* Echeverría Summers, F. M. y Carrasco Perera, A. (2021), «Problemática comunitaria de obras de cambio de uso», (coord. A. Fuentes Lojorius), *Actualidad Civil*, núm. 11]. Además, el límite concreto del artículo 7.1 LPH consistente en la no alteración de la configuración o estado exteriores del edificio se suaviza tratándose de locales comerciales, pues la sentencia extractada se apoya en el escaso impacto visual de las obras para considerar innecesario un acuerdo comunitario. No comparte esta jurisprudencia Carrasco Perera, quien mantiene la necesidad de acuerdo comunitario para la ejecución de obras que afecten a elementos comunes, dependiendo el quórum de la naturaleza de las obras a realizar en cada caso y de su incidencia en el interés comunitario. (*F.S.N.*)

**25. Determinación de los asuntos a tratar en el orden del día de las Juntas de propietarios.**-Se exige que en el orden del día se consignen los asuntos a tratar en la Junta, para que puedan llegar a conocimiento de los interesados, pues, de otra forma, siendo la asistencia meramente voluntaria, sería fácil prescindir de la voluntad de determinados propietarios. Por ello no es admisible con carácter general la adopción de acuerdos que no estén en el orden del día, ni tan siquiera bajo el epígrafe de ruegos y preguntas, por considerarse sorpresivo para la buena fe de los propietarios. (**STS de 13 de enero de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.-Una comunidad de propietarios formuló demanda contra otra, solicitando la nulidad de dos acuerdos de la junta de 8 de abril de 2016. Uno de ellos porque consideraba que la llamada Fase I, en el momento de la junta, era deudora de 5.600 euros, por lo que su presidente debía quedar privado del derecho al voto. Y el otro porque se trataba de un cambio del sistema electivo que no fue debidamente anunciado en el orden del día de la junta. Según un anterior acuerdo del año 2011, la designación del presidente tendría carácter rotatorio, entre las tres fases de la comunidad. Sin embargo, se introdujo el sistema electivo en el acuerdo impugnado en esa junta de 2016. Sin embargo, en el orden del día se reflejaba «Renovación o reelección de cargos», sin que previamente se advirtiese a los comuneros claramente que se iba a dejar sin efecto el sistema rotatorio. La demandada se opuso a la demanda. El Juez de Primera

Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró nulo únicamente el segundo acuerdo.

Ambas partes recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial consideró que, si la Fase I no estaba al corriente de pago, su presidente debía ser privado del derecho al voto conforme al artículo 15 LPH. Sobre el segundo acuerdo, indicó que el orden del día no era expresivo de cuál era la propuesta a debatir, y no se alcanzó la mayoría necesaria, ya que al votar en contra la Fase II y estar privada de voto la Fase I, el voto de la Fase II no era suficiente para alcanzar la mayoría.

La parte demandada interpuso recurso de casación. En primer lugar, se denuncia la infracción del artículo 16.2 LPH en relación con los artículos 9 y 18.2 LPH, al privar de voto a la Fase I y considerarla deudora, desconociendo que el acuerdo impugnado por la Fase I establecía un sistema de distribución de gastos. Y, en segundo lugar, apunta que, cuando dice «el orden del día no era expresivo de cuál iba a ser la propuesta a debatir», infringe el artículo 13.2 LPH, que establece la prevalencia del sistema de elección. El Tribunal Supremo estima el primer motivo, dado que nada adeudaba la Fase I cuando se adoptó el acuerdo de 8 de abril de 2016, al haberse consignado judicialmente dicha cantidad con carácter previo, por lo que no se podía privar de voto a su presidente. Respecto al segundo motivo, según el Alto Tribunal, en la sentencia recurrida se ha infringido la doctrina jurisprudencial sobre la inclusión en el orden del día de los acuerdos que deben ser discutidos, dado que se cambió el sistema electivo de forma sorpresiva, sin anunciarlo con la suficiente claridad en el orden del día, sorprendiendo la buena fe de los comuneros e infringiendo por ello el artículo 16 LPH. En definitiva, el Tribunal Supremo termina estimando parcialmente el recurso.

NOTA.-Sobre la necesidad de que los acuerdos a discutir en una junta de propietarios estén debidamente incluidos en el orden del día, veáanse SSTs de 16 de diciembre de 1987, 26 de junio de 1995, 10 de noviembre de 2004 y 18 de septiembre de 2006. (S.L.M.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**26. Legitimación activa para el ejercicio de la acción de precario frente a un coheredero o comunero.**-En las situaciones de precario en las comunidades de bienes y, en particular, en las comunidades hereditarias, cada coheredero cuenta con la facultad de legal de servirse de las cosas comunes, pero la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, que excluya el uso de los demás, es ilegítima.

Si algún heredero hace uso exclusivo de algún bien, al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista. En estos casos, no nos encontramos ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien.

La jurisprudencia admite la viabilidad de la acción de precario a favor de la comunidad hereditaria y frente al coheredero que disfruta de la cosa en exclusiva, aunque fuere por concesión graciosa del causante.

La actuación de quien ejercita la acción de precario, de prosperar, debe redundar en beneficio y provecho de la comunidad, aunque nada sobre ello se diga expresamente en la demanda. El eventual desahucio no habilita al actor a ocupar de forma exclusiva la vivienda, pues la acción de desahucio frente a un coheredero o comunero en provecho exclusivo del actor, pretendiendo su uso exclusivo y excluyente, contravendría el fundamento de la acción, pues incurriría en la misma posesión exclusiva. (STS de 21 de diciembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.-Una vivienda pertenecía, con carácter ganancial, al matrimonio formado por Macarena y Luis. El matrimonio fue disuelto por divorcio, sin que conste haberse practicado la liquidación de la sociedad de gananciales. Luis contrajo matrimonio, en segundas nupcias con Leticia, a quien legó el usufructo de toda su herencia.

Disuelta la sociedad de gananciales tras el divorcio de los cónyuges y habiendo fallecido Luis sin haberse liquidado la misma, la vivienda pertenece a la comunidad postganancial constituida por Macarena y la comunidad de herederos del fallecido Luis, de la que no forma parte Macarena, pero sí Leticia en su condición de legataria del usufructo de toda la herencia.

Macarena interpone demanda en ejercicio de la acción de desahucio por precario contra Leticia, quien habita la vivienda litigiosa de forma exclusiva. La demanda es estimada.

La sentencia es recurrida en apelación. El recurso es desestimado.

Leticia interpone recurso de casación, que es desestimado. (T.R.C.)

## DERECHO MERCANTIL

**27. Concurso de acreedores. Oposición a la aprobación del convenio. Inexistencia de plan de viabilidad.**-De acuerdo con el artículo 100.5 LC 2003, «cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta [de convenio] deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros». En consecuencia, cuando no se aporta un plan de viabilidad, se está infringiendo una norma legal sobre el contenido del convenio. Este hecho permite fundamentar una oposición al mismo con base en el artículo 128.1 LC, estando legitimados, entre otros, los acreedores no asistentes a la junta. No puede identificarse semejante causa de oposición con la prevista en el artículo 128.2 LC, que se refiere a la presentación de un plan cuyo cumplimiento sea objetivamente inviable. La inviabilidad del plan solo ampara la oposición de la administración concursal y de los acreedores mencionados en el apartado primero que, individualmente o agrupados, sean titulares de al menos el cinco por ciento de los créditos ordinarios. La determinación de si lo aportado con la propuesta de convenio constituye un verdadero plan de viabilidad o no, es una actividad de valoración

jurídica sobre si se ha llegado a cumplir con un requisito legal. (**STS de 29 de diciembre de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.-Una empresa es declarada en concurso de acreedores. La junta de acreedores aprueba, con la adhesión de dos de ellos, una propuesta de convenio que recoge tanto una quita como una espera. Uno de los titulares de un crédito subordinado interpone una demanda de incidente concursal de oposición a la aprobación del convenio, fundado, entre otros extremos, en el incumplimiento de las exigencias legales, en la medida en que la propuesta no iba acompañada de un plan de viabilidad, sino de un plan de pagos impreciso, insuficiente y erróneo.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda de oposición y aprobó el convenio. Recurrida la resolución en apelación, el recurso fue estimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la concursada.

NOTA.-En el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, a los acreedores no asistentes a la junta se les reconoce legitimación para oponerse a la aprobación judicial del convenio (art. 382.1). La oposición debe fundarse en alguno de los motivos señalados en el artículo 383.1, recogiendo el primer punto la hipótesis de la infracción de las normas que la propia ley establece sobre el contenido del convenio. Por otro lado, según el artículo 384 del texto normativo citado, «los acreedores legitimados para formular oposición a la aprobación judicial del convenio que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios y la administración concursal podrán oponerse, además, a la aprobación judicial del convenio cuando el cumplimiento de este sea objetivamente inviable». En conclusión, las observaciones del Tribunal Supremo son plenamente aplicables en el marco de la nueva normativa concursal. (*R. P. C.*)

**28. Venta de unidades productivas que incluye activos afectos a una garantía para el cobro de un crédito clasificado en el concurso como privilegio especial.**-El Tribunal Supremo aplica en esta sentencia el artículo 149.2 LC 2003, que regulaba la participación de los acreedores hipotecarios en la realización de una unidad productiva (ejemplo: un establecimiento, una explotación) que incluye el bien hipotecario, cuando se transmite sin subsistencia de la garantía. Según el Tribunal Supremo, para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4 LC 2003. Si estos bienes estuviesen incluidos en unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, y si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94 LC 2003, será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 % del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase -en tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza-. La norma reconoce

una participación a los acreedores con privilegio especial que conlleva un derecho de ejecución separada, cuando la enajenación de la unidad productiva afecte al bien gravado y el precio asignado no cubra el valor de la garantía. La conformidad de los acreedores que representen el 75 % de estos créditos afectados permite arrastrar al resto. De exigirse la unanimidad, se dificultaría la venta de la unidad productiva. **(STS de 29 de diciembre de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.-ITD fue declarada en concurso voluntario de acreedores el 30 de julio de 2014. BMN comunicó un crédito de más de millón y medio de euros y solicitó que se clasificara como crédito con privilegio especial. El privilegio se solicitó sobre los derechos de crédito derivados de dos contratos suscritos entre la concursada y AE el 8 de abril de 2003 y el 19 de diciembre de 2003, para el diseño, desarrollo y fabricación de distintos sistemas de un avión. El 22 de diciembre de 2011, la concursada y AE firman un contrato donde convienen la terminación de los contratos firmados en 2003 y una serie de pagos de AE a ITD, así como la prestación de servicios de ingeniería sin cargo de esta última a aquélla. Encontrándose el concurso en fase común, CITD presentó el 18 de marzo de 2015 una oferta de adquisición de la unidad productiva, por un total de 500 euros, que incluía el contrato de diciembre de 2011 suscrito entre la concursada y AE. La cuestión litigiosa se reduce a dilucidar si el derecho de crédito que surgió del contrato firmado entre la concursada y AE de diciembre de 2011, pignorado a favor de BMN, quedó excluido de los distintos elementos integrantes de la unidad productiva o, por el contrario, si se transmitió al adquirente como parte del propio contrato en el que se subrogó CITD. Cuando se realizó esta venta de unidad productiva, el juzgado había rechazado la pretensión de BMN de que se clasificara su crédito con privilegio especial y estaba pendiente de apelación, consecuencia de la cual se le reconoció esa clasificación. Pero mediante un auto de aclaración del auto de aprobación de la venta de unidad productiva, el juzgado advirtió a las partes, y sobre todo a la adquirente de la unidad productiva, de la situación de pendencia de apelación de una sentencia en un incidente concursal tramitado en el procedimiento en relación con derechos de crédito pignorados a favor de la referida entidad financiera.

CITD interpuso la demanda de incidente concursal, alegando que la venta de la unidad productiva incluyó la subrogación de la adjudicataria en el contrato de diciembre de 2011 y que la venta se efectuó libre de cargas y sin asunción por el adjudicatario de cualquier pasivo, salvo la parte de las deudas de la TGSS correspondiente a los trabajadores asumidos por CITD. Además, BMN no formuló oposición ni recurrió el auto de adjudicación. BMN, por el contrario, se opuso a la demanda, señalando: 1) que la demandante pretendía dar por extinguido su derecho de prenda, que le había sido reconocido por sentencia recaída con posterioridad a la venta de la unidad productiva; 2) que el precio de 500 euros fijado por el oferente por un contrato que proporciona ingresos mensuales superiores a 89.000 euros es expropiatorio de su derecho; 3) que el artículo 150 LC dispone que el adquirente de bienes y derechos litigio-

sos quedará a resulta de los que se resuelva en los litigios; 4) que su postura contraria a la extinción de la prenda se manifestó al recurrir en apelación la sentencia del juzgado que no reconocía el privilegio; 5) que la prenda no se extinguió con la venta de la unidad productiva; 6) que tenía derecho a ejecutar la prenda de forma separada conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 5/2005, sobre garantías financieras.

El Juzgado de lo Mercantil estimó la demanda, al entender que la venta de la unidad productiva se había realizado libre de cargas, sin subsistencia de las garantías, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.5.º LC. En ese caso, el acreedor privilegiado solo tendría el derecho a percibir el porcentaje establecido en el artículo 149.2.º LC. Además, BMN había perdido el derecho de ejecución separada del derecho de prenda al no haber iniciado la ejecución antes de la apertura de la fase de liquidación (art. 57 LC). La sentencia fue recurrida en apelación por BMN. La Audiencia Provincial concluyó que CITD se subrogó en el contrato de diciembre de 2011, contrato que incluía el derecho de crédito y las obligaciones asumidas por la concursada de prestar servicios de ingeniería. Así, el crédito, en la medida en que formaba parte del contrato, se transmitió con la venta de la unidad productiva, que se llevó a cabo libre de cargas.

La sentencia de apelación fue recurrida por BMN en casación, alegando: 1) la infracción del artículo 149.2 LC y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con la protección del acreedor con privilegio especial en caso de venta directa de una unidad productiva; 2) que el precio ofrecido era de 500 euros por el contrato pignorado, importe irrisorio y muy inferior al importe de la deuda; 3) que no hubo consentimiento ninguno de BMN.

El Tribunal Supremo estima el recurso. Explica que una de las dos unidades productivas se enajenó por 500 euros. En principio, si el precio ofrecido por la venta de la unidad productiva no cubría el valor de la garantía de estas prendas de créditos, conforme a la interpretación expuesta del artículo 149 LC, era necesario que prestara su conformidad el acreedor pignoraticio y si eran varios aquellos que representaran al menos el 75 % del pasivo de esta naturaleza, afectado por la transmisión y que pertenecieran a la misma clase. No consta que los acreedores titulares de las prendas de créditos que finalmente fueron reconocidos como créditos con privilegio especial hubieran prestado su consentimiento conforme a esta regla. Sin que el hecho de no haberse opuesto expresamente a la venta de la unidad productiva pueda equipararse a estos efectos a la conformidad de esos acreedores.

Entiende también que, aunque el reconocimiento final del privilegio especial se hubiera realizado con posterioridad a la adquisición de la unidad productiva, resulta oponible al adquirente en cuanto que su adquisición no podía realizarse sin subsistencia de las garantías si no se cumplía la exigencia del consentimiento de los acreedores pignoraticios en los términos previstos en los artículos 154.4 y 149 LC. Además, el hecho de que en el marco de la relación contractual de la que surgían los créditos pignorados en garantía del crédito de BMN, hubiera prestaciones pendientes de cumplimiento por la concursada, no resta eficacia a la garantía en caso de que la

transmisión de la unidad productiva conllevara la subrogación de la adquirente en la posición de la concursada en aquel contrato.

NOTA.-Téngase en cuenta que el caso se resuelve conforme a la LC de 2003, derogada en buena parte por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Sobre la venta de unidades productivas que incluyen activos afectos a una garantía para el cobro de un crédito con privilegio especial, véase también la STS de 21 de noviembre de 2017. (S.L.M.)

**29. Contrato de suministro. Concepto doctrinal.**-La doctrina afirma que tiene tal carácter el contrato por el que un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o una pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente de forma más o menos permanente en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable, dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato.

**Contrato de suministro de energía eléctrica. Característica.**-Se caracteriza civilmente como aquel por el que la proveedora se obliga a proporcionar al abonado, de manera continua, energía eléctrica en la potencia contratada y el abonado a pagar por ella el precio pactado en las fechas estipuladas.

**Régimen concursal.**-Le resultan aplicables las reglas referidas en la Ley Concursal a los contratos de tracto sucesivo. Como contrato de tracto sucesivo califica siendo este el paradigma de los contratos de tracto sucesivo por lo que resulta aplicable el artículo 62.3 LC.

**Facultad de resolución en el concurso de los contratos de tracto sucesivo por incumplimiento.**-La declaración de concurso no afecta a la facultad de resolver los contratos de tracto sucesivo, de forma que, a este fin, resulta irrelevante que el incumplimiento resolutorio, del concursado o del tercero, se hubiera producido antes o después de la declaración de concurso, ya que aquella declaración no produce efectos depuradores de incumplimientos anteriores ni *expropia* (en el sentido de privación forzosa) al contratante cumplidor de la facultad de desistir unilateralmente en caso de incumplimiento resolutorio de la contraparte. Dicho de otra forma, dada la existencia de una relación unitaria, el incumplimiento resolutorio anterior a la declaración de concurso permanece y el contrato sigue incurso en causa de resolución con posterioridad a la misma.

**Contrato de tracto sucesivo. Efectos de la continuidad del contrato pese a la concurrencia de causa de resolución.**-El artículo 62.3 LC dispone que, *aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*. Aunque el precepto adolece de falta de claridad (dada la posible utilización de la conjunción «o» en función de equivalencia), lo cierto es que el contraste con el apartado 4 del mismo artículo 62 referido a los supuestos en los que se acuerda la resolución (*en cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa*), apunta a la interpretación literal de la expre-

sión *prestaciones debidas*, dado que en otro caso la previsión devendría absolutamente superflua, máxime teniendo en cuenta lo previsto en los números 5 y 6 del artículo 84.2. LC

**Crédito potencialmente concursal.**-A raíz del mantenimiento del contrato, cristaliza en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia la facultad de resolver al obligarle a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro. Esta interpretación coincide con los artículos 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien no es lo mismo *rehabilitar* contratos resueltos que *impedir* la resolución de los vigentes, ambas medidas responden a una misma idea: la necesidad de que la masa - en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución - responda frente a quienes se ven privados de la facultad de desligarse u obligados a rehabilitar el contrato ya resuelto. De ese modo se cumplen las *garantías* a las que se refiere la Exposición de Motivos: *en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento.* (STS de 15 de diciembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.-La representación procesa de E. E. SAU interpuso demanda contra C. E. de S., S. L. solicitando se declaren resueltos los contratos entre partes así como que se reconozca un crédito contra la masa de la demandada que se halla en concurso por suministros antes de la declaración del concurso y por suministros generados postconcursal, ya en el periodo de tiempo en que se desarrollaron los hechos, la entidad actora tenía suscrito un contrato por el que se obligaba a suministrar energía eléctrica a la demandada Clínica, Declarado el concurso voluntario de la demandada, en el momento de la declaración adeudaba determinada cantidad por los citados suministros, así como por suministros posteriores a la declaración de concurso. La representación procesal de C. E. de S., S. L. y la administración concursal se opusieron a tal pretensión. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz estimó parcialmente la demanda. Por un lado, razonó que debía mantenerse la vigencia del contrato de suministro en interés del concurso, pues lo contrario iría en su perjuicio al llevar a la concursada al cierre de su actividad y a la liquidación, afectando con ello no solo a los acreedores, sino también a los trabajadores y al propio servicio prestado por la entidad, cuya importancia y trascendencia, al ser de carácter sanitario, justifica el mantenimiento del suministro. Por otro lado, consideró únicamente como créditos contra la masa los correspondientes a suministros realizados durante el concurso y reconoció el resto como crédito concursal. Recurrida en apelación por la representación procesal de E. E. SAU., la sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Badajoz desestimó el recurso por entender que, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del

concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado; en cuanto a la cuestión del pago inmediato de los créditos contra la masa derivados de esa declaración judicial. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N.D.L.)

**30. Acción directa del transportista efectivo contra el cargador principal cuando el porteador intermedio ha sido declarado en concurso.**- Previamente la Sala entiende que dada la conexidad argumental entre los tres motivos, (infracción de la DA 6ª LOTT en relación con los arts. 50.3 y 51 bis, motivo reiterado) deben ser resueltos conjuntamente.

**Jurisprudencia sobre la acción directa del artículo 1597 CC en el contrato de obra cuando el comitente está en concurso.**- Hay tratamiento jurisprudencial de la acción directa del artículo 1597 CC en el concurso de acreedores, según el cual la acción del subcontratista contra el dueño de la obra cede a favor de la masa activa del concurso del contratista, en el supuesto de que no se haya hecho efectiva antes de la declaración del concurso, y aclarando que el requerimiento extrajudicial al dueño de la obra no supone el ejercicio de la acción, aunque lleva consigo una exigencia de conducta o abstención hacia el destinatario. Se basa en los siguientes argumentos:

Todo sistema concursal inspira la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco del concurso. La concurrencia de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico obliga a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, tanto el acreedor como su crédito quedan afectados por la declaración de concurso (arts. 76, 90, 91 y 92 LC). Consecuencia de la responsabilidad universal del deudor (art. 1911 CC) se produce la afectación automática *ex lege*, a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable de su propiedad. Así debe entenderse la incorporación del artículo 51 bis 2 LC por la Ley 38/2011, de 10 octubre, según el cual «declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del CC».

Según la STS de 26 de marzo de 2014: «La protección que brinda el art. 1597 como excepción al carácter relativo del derecho de crédito (art. 1257 CC) y, por tanto, su reclamación directa al comitente, no alcanza o se proyecta sobre la naturaleza del derecho de crédito modificando o alterando su previa naturaleza, es decir, se facilita su cobro, pero no se otorga privilegio o preferencia alguna. De esta forma, esta protección o reforzamiento del derecho del subcontratista no puede ser configurada como un derecho de garantía propio y específico, ni tampoco como una transformación cualitativa del crédito que le otorgue una preferencia de la que carecía en el momento de su constitución. Por lo que su ejercicio debe ceder ante la especialidad que informa el procedimiento concursal, particularmente atendido el principio y la *vis atractiva* que se deriva de su declaración».

**Jurisprudencia sobre la acción directa del transportista efectivo contra el cargador y los intervinientes en la cadena de su contratación.**- La DA 6ª de la Ley de 4 de julio de 2013 ha modificado la Ley de 30 de julio de

1987 LOTT, que ha sido interpretada por SSTs de 24 de noviembre de 2017 y 6 de mayo de 2019. La duda interpretativa que suscitaba la acción directa concedida al transportista efectivo era, en sintonía con el artículo 1597 CC, si el cargador principal solo responderá hasta la cantidad que adeude al porteador intermedio, o si habrá de hacerlo a modo de garante del transportista efectivo. En las mencionadas ss. se ha considerado que la acción directa tiene un alcance mayor que el del artículo 1597 CC, y constituye una norma propia y específica del transporte terrestre, para ser, no solo una acción directa tradicional, sino también una modalidad de garantía de pago suplementaria. Puede ocurrir que el porteador efectivo reclame al cargador el precio del transporte, que este ya haya pagado al porteador contractual. Aquí es donde esta acción se aparta de manera más significativa del régimen general previsto en el artículo 1597 CC, al establecer, en garantía del porteador efectivo, un régimen que posibilita el doble pago, sin perjuicio de un ulterior derecho de repetición.

**Acción directa del transportista contra el cargador principal en el concurso de acreedores.**-La cuestión jurídica que se plantea obliga a decidir sobre la interrelación entre la regulación de la acción directa del transportista efectivo y las previsiones de los artículos 50.3.º y 51 bis LC (actuales arts. 136.1.3.º y 139.2 TRLC). Los argumentos de la jurisprudencia sobre el tratamiento de la acción directa del artículo 1597 CC en el concurso del contratista no son extensibles a esta modalidad de acción directa del transportista efectivo, por dos grupos de razones: uno de orden legislativo, y otro de naturaleza interpretativa, en función de la distinta naturaleza y finalidad de ambas acciones directas. Legislativamente la DA. 6ª no contiene excepciones en caso de concurso del porteador intermedio. Los artículos. 50.3.º y 51 bis 2 LC, no se refieren a todo tipo de acciones directas, sino específica y nominativamente a la del artículo 1597 CC. En cuanto a la naturaleza y finalidad de las dos acciones directas (del arrendamiento de obra y del transporte), son diferentes y cumplen fines distintos. La acción directa se relaciona con el entramado de obligaciones que surgen del contrato de obra. En este, el dueño de la obra paga su deuda y el subcontratista (deudor intermedio) desaparece de la relación, al quedar saldado su crédito. Por el contrario, en la acción directa del transportista efectivo, este exige y cobra su crédito del cargador principal, porque resulta directamente obligado a ello. Como la acción directa del porteador efectivo no implica retención alguna de ningún elemento del patrimonio del eslabón intermedio, no cabe hacer una aplicación analógica a un supuesto diferente.

Dado que no hay prohibición legal para el ejercicio de la acción directa del porteador efectivo frente al cargador principal, aunque el porteador intermedio haya sido declarado en concurso, deben distinguirse dos situaciones diferentes: 1ª No hay ningún crédito en la masa activa del concurso que pueda verse afectado, por lo que la acción directa queda al margen del proceso concursal. 2ª La acción directa por el porteador efectivo frente al cargador principal una vez declarado el concurso del porteador intermedio, tampoco afecta al concurso, pues cumple la función de garante *ex lege* de la deuda.

Como la declaración del concurso del intermediario no impide el ejercicio de la acción directa del porteador efectivo frente al cargador principal, decae el primer motivo de casación. El segundo motivo no puede prosperar por resultar improcedente pronunciarse sobre la clasificación de un crédito en procedimiento distinto al concurso. Las alegaciones sobre la interpretación de la DA 6ª se oponen a la jurisprudencia de la Sala. Procede imponer

las costas al recurrente según el artículo 398.1 LEC, y ordenar la pérdida del depósito para interponer el recurso. (STS de 29 de diciembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela.]

HECHOS.-Entre octubre y diciembre de 2014, Universal Global Logistics S.A.U. (en lo sucesivo, Universal) encomendó unos servicios de transporte a la empresa Cotransa S.A., quien, a su vez, subcontrató la ejecución del transporte con la empresa Gallego Álvarez S.L.

Los servicios de transporte subcontratados no han sido abonados al porteador efectivo, a quien se le adeudan, 13.276,60 euros.

La empresa cargadora (Universal) había abonado a Cotransa todas las cantidades debidas por este transporte.

El 8 de enero de 2015 fue declarado el concurso voluntario de Cotransa.

El 21 de marzo de 2017, Gallego Álvarez interpuso una demanda contra Universal, en reclamación de la cantidad adeudada, en ejercicio de la acción directa regulada en la DA 6ª de la Ley de 4 de julio de 2013, de modificación de la Ley de 1987, de ordenación del transporte terrestre (LOTT).

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, considerando que era procedente la acción directa frente al cargador principal, aunque este hubiera pagado al contratista, y que como Universal ya había pagado a Cotransa, no era parte en el concurso de acreedores, por lo que no había impedimento para el ejercicio de la acción por la declaración del concurso.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, salvo en las costas, que dejó sin efecto. Consideró básicamente que la acción directa ejercida por el transportista final o efectivo contra el cargador es inmune a los pagos que este le hubiera realizado al transportista intermedio o subcontratante y que, al haber pagado Universal a Cotransa, este procedimiento no tiene incidencia alguna en el concurso, sin perjuicio de la acción de regreso que tendrá Universal frente a la intermediaria concursada.

NOTA.-Es útil consultar: Martínez Cañellas, «Aproximación al concurso de herencia», en VVAA, *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Madrid, 2014, tomo II, pp. 1353 ss., singularmente p. 1389. (G.G.C.)

**31. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el cauce adecuado para interponer recurso de casación en el caso de sentencias de apelación dictadas en el curso de un incidente concursal.**-La Sala Primera reitera su doctrina según la cual, cuando se pretenda interponer recurso de casación contra una sentencia dictada en un incidente concursal, la modalidad procedente es la del artículo 477.2 3.º LEC, relativa al interés casacional. Por eso, el recurrente debe ampararse, en su recurso de casación, si existe oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o si existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. Que a cuantía del procedimiento exceda los 600.000 euros no es suficiente para acceder a una casación derivada del trámite —material— del incidente

concurzal. (STS de 16 de diciembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.-Entre Vodafone y la sociedad CRS existía una relación contractual de agencia (dos contratos) y distribución (un contrato) para la promoción y comercialización de servicios de telefonía. En 2014, CRS entró en concurso de acreedores, solicitando la resolución de dichos contratos en interés del concurso, así como la condena a Vodafone a pagarle: (i) una indemnización por clientela, de unos 4,3 millones de euros, *ex* artículo 28.1 LCA; y (ii) una indemnización por las inversiones no amortizadas y el coste de extinción de los contratos laborales, *ex* artículo 29 LCA. Vodafone se opuso argumentando que la resolución en interés del concurso no conlleva consecuencias indemnizatorias más que para la parte *in bonis*. Además, negó que hubiera incumplido su obligación de suministrar mercancía a CRS, pero que, en cualquier caso, este estaría justificado, dado el previo incumplimiento de la agente.

El Juzgado de Primera Instancia consideró procedente la resolución del contrato en interés del concurso, condenando a Vodafone a abonar una indemnización por clientela y otra por el coste de extinción de los contratos, más el de las inversiones no amortizadas.

Recurrida en apelación, la Audiencia estimó en parte el recurso de Vodafone. Si bien confirmó la procedencia de la resolución, descartó las indemnizaciones, por ser Vodafone la parte *in bonis*.

Frente a esta sentencia, CRS interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. (A.I.R.A.)

## DERECHO PROCESAL

**32. Presupuestos sobre la existencia de error judicial.**-La Sala Primera del Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre el carácter extraordinario del error judicial (arts. 121 CE y 293.3 LOPJ), que requiere no solamente el desacierto de una resolución, sino que esta sea además manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico. Por eso, la Sala Primera declara que no incurrir en error judicial una sentencia que declara improcedente un incidente de nulidad de actuaciones transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución por medio de edictos (art. 241 LOPJ), en la medida en que esa interpretación sobre el *dies ad quem* del incidente se ajusta a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial. (STS de 21 de diciembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.-El 19 de marzo de 2004 la Comunidad de Propietarios CCC interpuso demanda contra Teodora, en reclamación de 4.052,71 euros por cuotas de la comunidad y gastos extraordinarios impagados. La demandante designó como domicilio la vivienda de Teodora en el inmueble de marras. Admitida a trámite la demanda, el 24 de marzo se emitió a dicho domicilio emplazamiento, resultando diligencia negativa, y manifestando un vecino que el inmueble estaba deshabitado. La actora solicitó entonces citación edictal,

al desconocer otro domicilio. El Juzgado acordó la averiguación telemática y, ante lo infructuoso de esta, requirió a la actora nuevamente. Tampoco la Policía pudo aportar información sobre el domicilio de la demandada. Tras todo ello, recayó finalmente sentencia estimatoria que condenó la demandada al pago de la cantidad reclamada, con los intereses. La sentencia devino firme tras su publicación edictal y fue objeto de ejecución.

El 22 de noviembre de 2018, Bruno, Casimiro y Aurora, herederos de Teodora, quien había fallecido el 15 de diciembre de 1987, promovieron incidente de nulidad de actuaciones respecto del procedimiento declarativo y la ejecución subsiguiente. Al parecer, Teodora era propietaria del inmueble del cual se reclamaban los pagos, pero tanto su difunto marido como sus hijos desconocían dicha titularidad, no inscrita en el Registro. Los demandantes argumentaban que el proceso de había seguido frente a una persona fallecida, lo que lo viciaba de nulidad.

El 16 de enero de 2019 se dictó auto en el que se desestimó la solicitud de declaración de nulidad de actuaciones, pues este se planteaba cinco años después de la notificación de la sentencia por edictos. El 19 de febrero de ese mismo año se promovió por las mismas partes nuevo incidente de nulidad de actuaciones contra el auto que resolvió el primer incidente; el cual fue inadmitido a trámite.

Frente a ambos autos, los actores plantearon demanda de error judicial que fue desestimada por sentencia de 15 de diciembre de 2020. (A.I.R.A.)