

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

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

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

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Plazo de prescripción de la acción para reclamar responsabilidad al tutor por los daños causados por su actuación. Valoración del nivel de diligencia desplegado por un tutor.–En la regulación de la tutela del Código civil no se especifica el sistema de prescripción de la acción para

reclamar responsabilidad al cargo tutelar por los daños causados por su actuación.

Ante la ausencia de una regla expresa, según las circunstancias, la doctrina propone soluciones matizadas a la hora de fijar el *dies a quo*, partiendo del hecho generador de la responsabilidad y a la vista de las reglas generales sobre prescripción (arts. 1932, 1961 y 1969 CC).

Hay unanimidad, sin embargo, a la hora de descartar la entrada en juego del plazo de un año del artículo 1968.2.º CC. Ello por cuanto no estamos en el ámbito de aplicación del artículo 1902 (responsabilidad extracontractual), sino en el de los artículos 1101 y ss. CC, que no se limitan a la responsabilidad que nace de contrato, sino que se refieren a los daños y perjuicios causados por «los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas».

Habida cuenta de que no existe un plazo especial, debe estarse al plazo general que para las acciones personales establece el artículo 1964 CC: en la actualidad, el plazo es de 5 años, pero será de 15 años si por razones temporales no resulta de aplicación este plazo de 5 años introducido por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

Respecto del nivel de diligencia exigido a un tutor, resulta negligente embarcarse en una operación financiera y fiscal de enorme calado y coste sin asegurarse de que con ella se obtendrán ventajas ciertas para el patrimonio del tutelado. Además, la actuación de un especulador, cuyos hipotéticos beneficios solo se materializarían mucho tiempo después de la toma de la decisión financiera, es contraria a la diligencia exigida en la gestión del patrimonio del tutelado; y mucho más contraria a mayor edad y esperanza de vida del tutelado.

Además, no es óbice a la responsabilidad exigida al tutor que la operación sea autorizada por el juez de la tutela, ni que sea aprobada la cuenta final. La autorización judicial no exime al tutor de la responsabilidad por los daños causados por no observar la debida diligencia de un buen administrador en atención a las circunstancias, ni tampoco la rendición general de cuentas.

Tampoco es un argumento contradictorio con la estimación de la demanda de responsabilidad contra el tutor que, a su vez, se estime una demanda interpuesta por el tutor contra los herederos para cobrar su retribución. Que la tutela sea retribuida no es incompatible con la responsabilidad del tutor, sino que, por el contrario, es un argumento que permite exigir mayor rigor en la diligencia debida. (STS de 12 de mayo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Jenaro, heredero de Pedro, interpone demanda de juicio ordinario contra Héctor, quien fue sobrino y tutor de Pedro. Como consecuencia del deterioro cognitivo de Pedro, a Héctor se le atribuyeron judicialmente funciones de representación y administración del patrimonio de Pedro. El demandante solicita se dicte sentencia por la que se declare la responsabilidad civil de Héctor, en su calidad de tutor.

Por su parte, Héctor interpone demanda de juicio ordinario contra Jenaro en reclamación de la cantidad que se le adeuda en concepto de retribución por su actuación como tutor.

Ambos procedimientos se acumulan en uno.

La demanda de Jenaro es estimada parcialmente, al valorarse que, en el ejercicio de la tutela, Héctor realizó operaciones de administración negligentes y otras actuaciones determinantes de gastos que no redundaron en beneficio de su tutelado. Por su parte, la demanda de Héctor es estimada íntegramente.

Héctor recurre en apelación, recurso que es desestimado.

Héctor interpone recurso de casación, alegando la prescripción de la acción. El recurso de casación es desestimado, al entenderse que la acción promovida por los demandantes no había prescrito. En el mismo sentido, dada la avanzada edad del tutelado, su enfermedad y su esperanza de vida, embarcarse en una operación financiera de alto riesgo y cuyos beneficios esperan ser obtenidos mucho tiempo después no redundan ni en beneficio del tutelado ni (a la vista de sus actuaciones vitales) resulta respetuosa con la voluntad del tutelado. (T. R. C.)

2. Responsabilidad extracontractual: Prescripción de la acción y casación.—A efectos de admisibilidad del recurso de casación, el hecho de que el instituto de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a la jurisprudencia civil revisar la decisión de la instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables (SSTS 134/2012, de 29 de febrero). Así lo declara respecto al *dies a quo* (día inicial) para el cómputo del plazo de prescripción de la acción las SSTS de 27 de mayo de 2009; 199/2014, de 2 de abril; y 326/2019, de 6 de junio, entre otras muchas.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción en los casos de lesiones corporales.—La jurisprudencia civil ha proclamado que el día inicial del cómputo del plazo del año del artículo 1968.2 CC, lo adquiere el perjudicado al producirse el alta médica, que es cuando realmente toma constancia de la entidad y consecuencias del daño, en la medida en que la medicina ha agotado las posibilidades de restituir la integridad física del lesionado a la existente con antelación al daño. Es el momento en que se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos que han de incluirse en la indemnización (SSTS 429/2007, de 17 de abril, del Pleno; 1032/2008, de 30 de octubre; 326/2019, de 6 de junio; y 326/2020, de 22 de junio, entre otras).

Determinación del *dies a quo* en el marco de un proceso judicial.—La determinación del denominado día de corte se establece, en numerosas ocasiones, tras la valoración del proceso evolutivo de una patología, dentro del marco de un proceso judicial, con discusión de las partes al respecto y valoración de periciales contradictorias; por consiguiente, es posible que se fije en sentencia el día de estabilización, pues las revisiones periódicas seguidas pueden permitir apreciar la estabilidad de una lesión, que no ha progresado evolutivamente de forma favorable sobre lo esperado (STS 326/2022, de 22 de junio. Puede consultarse en análogos términos la STS de 2 de febrero de 2015).

La reclamación extrajudicial, cualquiera que sea su forma, es válida para interrumpir la prescripción, siempre que quede constancia de la remisión y de la recepción del requerimiento de pago.—Así se han manifestado las SSTS 97/2015, de 24 de febrero; 74/2019, de 5 de febrero; y 142/2020, de 2 de marzo, por lo que un burofax reúne los requisitos para cumplir dichas exigencias. Por su parte, la STS 62/2018, de 5 de febrero, señaló que es el momento de presentación ante el Juzgado de la demanda de conciliación el que determina la interrupción de la prescripción, que correrá de nuevo —en su caso— a partir del momento de celebración de dicho acto. (STS de 10 de mayo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora demandó a Lidl Supermercados por los daños y perjuicios sufridos por la caída padecida, el 28 de febrero de 2013, en un establecimiento de la demandada situado en Inca (Mallorca). Se reclamaron 14.744.67 €.

La caída se produjo a consecuencia del agua acumulada justo después de la alfombra de entrada, agua que no era visible a simple vista, ni estaba señalizada dicha situación. El percance causó a la demandante la fractura de la muñeca derecha y traumatismo coxígeo, lesiones de las que estuvo en tratamiento médico hasta el 23 de mayo de 2014. La víctima se quedó con secuelas (muñeca dolorosa, limitación muñeca derecha y agravación patológica lumbar).

Quedó probado que la actora formuló reclamación previa extrajudicial mediante burofax de 24 de junio de 2014; y el intento de conciliación mediante papeleta presentada con fecha 23 de junio de 2015, que terminó sin avenencia el 22 de septiembre de 2015.

El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda por prescripción de la acción. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la actora, casó la sentencia recurrida y mandó devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que resolviera dicho recurso, a efectos de no privar a la parte demandante de la correspondiente instancia, dada la inexistencia de la prescripción de la acción deducida.

NOTA.—Para aclarar la doctrina jurisprudencial recogida en los apartados primero, segundo y tercero de esta sentencia, conviene tener en cuenta lo establecido por la STS de 2 de febrero de 2015 cuando dice que es reiterada y pacífica la doctrina jurisprudencial (STS de 19 de enero de 2011) que considera, en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora, mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas, que el cómputo del plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o de alta, en el que se consignen o expresen las referidas secuelas, sino que ha de esperarse a conocer el alcance o efecto definitivo de éstas, consecuente al tratamiento que de las mismas se ha venido haciendo, en cuyo supuesto la fijación del *dies a quo*, para la computación del plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica. También dice esta sentencia y las SSTS de 27 de mayo de 2009 y 10 de junio de 2010, entre otras, que la determinación de este día

inicial para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación. Sin embargo, el hecho de que la apreciación del instituto de la prescripción presente, junto al tal aspecto fáctico, una dimensión eminentemente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. (I. D.–L.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Menores no acompañados. Protección del menor.—El Tribunal Supremo afirma que la interpretación de los textos legales en esta materia debe llevarse a cabo de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño y, en particular, con su artículo 3.1. Asimismo, la sentencia defiende que «los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad deben ser considerados menores de edad hasta que se determine su edad».

Sometimiento a pruebas de determinación de la edad. Necesidad de justificación y ponderación.—Es doctrina de este Tribunal que el inmigrante cuya minoría de edad se desprende de su pasaporte o documento de identidad equivalente «no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido». Asimismo, e independientemente de que se trate de personas documentadas o indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente aquellas que son consideradas invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad (SSTS 453/2014, de 23 de septiembre; 720/2016, de 1 de diciembre y 307/2020, de 16 de junio, entre otras). La sentencia considera que en el presente caso no se ponderaron adecuadamente las razones por las que se decretó la mayoría de edad, destacando que la apariencia física no puede ser un factor determinante cuando se trata de adolescentes, así como que la negativa a someterse a las pruebas médicas tampoco puede ser considerado un indicio decisivo. (STS de 25 de mayo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Feliciano viajaba en una patera sin documentación alguna cuando fue rescatado en agosto de 2017. Tras facilitarle sus datos a la policía, resultó que Feliciano figuraba en sus bases de datos como nacido en 1999. Meses después, Feliciano presentó a la policía una carta consular de la embajada de su país en España, un certificado de nacionalidad y una partida de nacimiento, conforme a los cuales se indicaba que se trataba de un menor de edad nacido en el año 2000. Sin embargo, la contradicción con la fecha de nacimiento que constaba en las bases de datos policiales, unida a su apariencia adulta y a la falta de comunicación en el momento del rescate de que se trataba de un menor de edad, provocaron que la policía activara el protocolo establecido para los mayores de edad.

Feliciano fue trasladado a un centro de primera acogida en el que mostró su oposición a someterse a cualquier reconocimiento médico forense para la determinación de su edad.

Feliciano interpuso demanda contra la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, que en diciembre de 2017 adoptó un acuerdo en el que se establecía su mayoría de edad y, por tanto, la improcedencia de una medida de tutela. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que las circunstancias del caso requerían que, pese a existir pasaporte, fuera exigible la realización de pruebas médicas para la determinación de la edad del demandante. Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación, que también fue desestimado. Feliciano interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación argumentando la infracción del artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000 y del artículo 190.2 del Real Decreto 557/2011 que lo desarrolla, así como la infracción del artículo 12.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. (*M. S. G.*)

4. Incapacitación. Modificación de la capacidad de las personas. Tratamiento jurídico dispensado a la discapacidad en el Convenio de Nueva York. El derecho de las personas con discapacidad al ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás sujetos.—

En el contexto expuesto, se inserta el precitado Convenio de Nueva York, en cuyo artículo 12.1 se dispone que: «Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica». Y el apartado 2 de dicho precepto establece que «Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida». En este sentido, la capacidad jurídica se identifica con la denominada capacidad de obrar.

Es mérito del Tratado reconocer a las personas, que presentan disfunciones, la misma capacidad jurídica de la que gozan las otras personas que no sufren deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo en los términos del artículo 1.1 del Convenio, sin perjuicio de que, para el concreto ejercicio de los derechos, precisen un sistema de apoyos. Así se dispone, en el apartado 3 del tantas veces invocado artículo 12, según el cual: «los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica», que no olvidemos ostentan en igualdad de condiciones con los demás. A tales efectos, se adoptarán los apoyos variables, flexibles y proporcionados, las denominadas salvaguardias, a las que se refiere el artículo 12.4, en los términos siguientes:

«Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica 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, que se apliquen en el plazo más corto posible y que

estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

Con ello no se pretende que las personas con discapacidad tengan derechos específicos por ser diferentes (proceso de especificación), sino simplemente que disfruten de los mismos derechos que el resto de las personas en igualdad de condiciones (proceso de generalización), con las medidas de apoyo que, en su caso, sean necesarias a tales efectos.

Compatibilidad del sistema tutelar español con el Convenio de Nueva York.—La vigencia del Convenio de Nueva York, considerado como el gran tratado de derechos humanos del siglo XXI, determinó la necesidad del pronunciamiento de esta Sala sobre la compatibilidad del sistema tutelar español con la precitada Convención, lo que se llevó a efecto mediante STS de Pleno 282/2009, de 29 abril, en la que se descartó que nuestro procedimiento de modificación de la capacidad y de constitución de tutela o curatela sean discriminatorios y contrarios a los principios del tratado, que no resultaba, por consiguiente, derogado, y así declaramos que: El sistema de protección establecido en el Código civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de protección tiene características específicas y propias.

Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

Dicha doctrina fue ratificada en sentencias posteriores como, por ejemplo, las SSTS 716/2015, de 15 de julio y 298/2017, de 16 de mayo, entre otras.

Principios jurisprudenciales derivados de la suscripción del Convenio.—El nuevo panorama normativo, fruto además de la nueva concepción social sobre la discapacidad y la protección de los derechos fundamentales, que se encuentran bajo la tutela efectiva de esta Sala, motivó un sólido cuerpo jurisprudencial asentado en los principios que podemos sistematizar de la forma siguiente:

A) «Principio de presunción de capacidad de las personas:» Conforme a tal regla a toda persona se le debe presumir capaz para autogobernarse, en tanto en cuanto no se demuestre, cumplidamente, que carece de las facultades para determinarse de forma autónoma (SSTS 421/2013, de 24 de junio; 235/2015, de 29 de abril; núm. 557/2015, de 20 de octubre, y 145/2018, de 15 de marzo).

En cualquier caso, hemos de partir de la indiscutible base de que una conducta extravagante, inusual o desviada no es sinónima de enajenación (STEDH dictada en el caso Winterwerp, de 24 de octubre de 1979).

B) «Principio de flexibilidad:» El sistema de protección no ha de ser rígido, ni estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y, además, constituir una situación revisable (STS 282/2009, de 29 de abril). «Debe ser un traje a medida» (SSTS 341/2014, de 1 de julio, y 244/2015, de 13 de mayo). Responder a una «valoración concreta y particularizada de cada persona» (SSTS 557/2015, de 20 de octubre, y 373/2016, de 3 de junio). En definitiva, a situaciones

diversas medidas individualizadas diferentes. En este sentido, se expresa la STS 458/2018, de 18 de julio, cuando señala que el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como «traje a medida» (SSTS 341/2014, de 1 de julio; 552/2017, de 11 de octubre; 124/2018, de 7 de marzo; y 118/2018, de 6 de marzo) que es a lo que debe conducir el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona.

C) «Principio de aplicación restrictiva:» La incapacitación de una persona, total o parcial, debe seguir siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta (SSTS 421/2013, de 24 de junio, y 544/2014, de 20 de octubre). La privación de derechos sólo es factible como sistema de protección (SSTS 341/2014, de 1 de julio, y 716/2015, de 17 de diciembre). La pérdida del sufragio no es una consecuencia necesaria de la declaración de modificación de la capacidad (SSTS 421/2013, de 24 de junio; núm. 181/2016, de 17 de marzo y núm. 373/2016, de 3 de junio).

D) «Principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales:» La modificación de la capacidad, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio (SSTS 617/2012, de 11 de octubre; 421/2013, de 24 de junio; 216/2017, de 4 de abril; y 118/2018, de 6 de marzo, entre otras muchas).

En el preámbulo de la Convención se hace referencia a que la misma se pacta «reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso»; y, en su artículo 1.1, podemos leer que «el propósito de la presente Convención es 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».

E) «Principio del interés superior de la persona con discapacidad:» El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. A dicho principio se refiere la STS 458/2018, de 18 de julio, cuando señala que «el interés superior del discapaz (SSTS 635/2015, 19 de noviembre, 403/2018, de 27 de junio), es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los

derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado.»

El juicio de modificación de la capacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente, caracteriza a 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 341/2014, de 1 de julio, 244/2015 de 13 mayo, 557/2015 de 20 octubre, 597/2017, de 8 de noviembre, y 654/2020, de 3 de diciembre, entre otras).

F) «Principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad:» No deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetado, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, es necesario determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyos.

La STS 487/2014, de 30 de septiembre, respeta la voluntad de la discapacitada sobre la elección de curador en la persona de su hijo, frente al nombramiento de la hija, acordado por la audiencia, tomando en consideración los artículos 223 y 234 CC, el Real Decreto Ley 1/2013, y también el artículo 3 del Convenio sobre la necesidad de respetar «la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones.»

Después de la Convención y en su mismo sentido, el artículo 3 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General «de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social,» establece como principio de actuación «El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.»

G) «Principio de fijación de apoyos:» Es resultado de la evolución del sistema de sustitución en la adopción de decisiones por otro basado en la determinación de apoyos para tomarlas, que puede abarcar todos los ámbitos de la vida tanto personales, económicos y patrimoniales, que recibe una consagración normativa en la Convención de Nueva York (SSTS 698/2014, de 27 de noviembre; 553/2015, de 14 de octubre, y 373/2016, de 3 de junio).

En este sentido, las SSTS 298/2017, de 16 de mayo, y 597/2017, de 8 de noviembre, sintetizaron la jurisprudencia civil al señalar que 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 (art. 12.3). La jurisprudencia se ha pronunciado también en el sentido de que el sistema de apoyos está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos (SSTS 298/2017, de 16 de mayo, y 654/2020, de 3 de diciembre, entre otras), los cuales han de interpretarse además conforme a los principios de la Convención, según el grado de intensidad de la intervención, la entidad del apoyo o la necesidad de la sustitución para adoptar el mecanismo tuitivo correspondiente.

La constitución de la tutela como medida de apoyo al discapacitado.—El mecanismo representativo de protección viene constituido por la tutela, como forma de apoyo más intensa reservada para los supuestos en los que la persona afectada no pueda tomar autónomamente decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma, ni tampoco con el apoyo de otras personas. En tal sentido, el artículo 267 CC dispone que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia.

La curatela es la medida que se debe adoptar cuando la persona afectada conserva las facultades de autodeterminación.—Ahora bien, cuando proceda la adopción de medidas de apoyo menos intensas, sin necesidad de acudir al mecanismo de la sustitución, pues la persona afectada conserva facultades de autodeterminación en distinto grado es suficiente el mecanismo de la curatela, concebido como asistencia o complemento de capacidad (arts. 287, 288 y 289 CC), y SSTS 118/2020, de 19 de febrero, y 654/2020, de 3 de diciembre.

Contenido de la curatela.—La curatela se configura como una institución flexible, que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, susceptible de abarcar tanto el ámbito personal o patrimonial de la persona afectada o ambos a la vez (SSTS 995/1991, de 31 diciembre; 337/2014, de 30 de junio; 553/2015, de 14 de octubre; 216/2017, de 4 de abril; y 458/2018, de 18 de julio, entre otras muchas).

El curador no tiene funciones de representación.—El curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial (SSTS 341/2014, de 1 de julio; y 698/2014, de 27 de noviembre).

La curatela como medida normal de apoyo para los diagnosticados de esquizofrenia paranoide.—Procede, declarar la sujeción de la demandada al mecanismo tuitivo asistencial propio de la curatela. Precisamente esta medida de apoyo es la acordada en casos similares, en los que la parte demandada padecía esquizofrenia paranoide (SSTS 421/2013, de 24 de junio, y 716/2015, de 17 de diciembre). (**STS de 6 de mayo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En un proceso de modificación de la capacidad en el que se discutía sobre la capacidad jurídica de la demandada, diagnosticada de esquizofrenia paranoide, y sobre las medidas de apoyo que se deben adoptar para su ejercicio, así como la determinación de los actos concretos que necesitan de la intervención y auxilio de otra persona, ya sea a través de la tutela o de la curatela. El juzgado resolvió que la demandada se encontraba afectada al estado civil de incapacidad parcial, limitada con respecto: 1) a los actos de disposición; 2) a los actos de extraordinaria administración; 3) al manejo de medicamentos y 4) al ámbito de la salud mental y prestación de consentimiento informado. Por lo que constituyó el régimen de tutela, como medida de apoyo, con designación de tutor a su hermano. La audiencia confirmó la sentencia de primera

instancia, salvo en lo relativo a la designación del tutor que, ante los problemas de relación existentes con sus hermanos, consideró más conveniente que fuera asumida por la Agencia Madrileña para la asistencia de Adultos. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación en lo que se refiere a la constitución de la de la curatela como medida de apoyo, en lugar de la tutela.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa es anterior a la entrada en vigor de la Ley 8 de 2 de junio de 2021, por la que se reformó la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En el nuevo sistema, en vigor desde el 3 septiembre de 2021, se eliminó la tutela del ámbito de la discapacidad que queda reservada para los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad. Por otro lado, la nueva regulación se inspira en una pluralidad de apoyos, dirigidos a garantizar el cumplimiento de los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad de la Convención de Nueva York. Así, se pueden distinguir entre los apoyos informales (guarda de hecho) y los apoyos formales. Estos últimos (los apoyos formales) pueden ser: a) voluntarios (autocuratela, acuerdos de apoyos y poderes preventivos), b) judiciales (curatela y defensor judicial) y c) legales (guarda legal de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la función de apoyo en caso de urgencia y en defecto de medidas formales o informales que se estén aplicando eficazmente). En cuanto a su adopción, se da preferencias a las medidas voluntarias del propio afectado, frente a las medidas de origen judicial. En definitiva, se ha pasado de un sistema general y abstracto en el que se sustituía la voluntad del discapacitado por un sistema de asistencia para la toma de decisiones que respete los derechos, voluntad y preferencia de la persona. (C. O. M.)

5. Derecho a la intimidad personal y uso de dispositivos de geolocalización.—El uso generalizado de las nuevas tecnologías afecta o puede afectar a la intimidad. El artículo 7.1 y 5 LO 1/1982 tiene que ver con los límites impuestos por la dignidad humana al empleo de medidas de vigilancia y control. Se considera una intromisión ilegítima al derecho a la intimidad, sin perjuicio de los casos en que el titular del derecho lo autorice y de los casos de actuaciones autorizadas por la Ley, el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas, y la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo en los casos previstos en el artículo 8.2.

La normativa permite el uso de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización con fines de investigación criminal. La LO 13/2015, de 5 de octubre, modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dar cobertura al uso de este tipo de dispositivos. Al tratarse de una medida limitativa de los derechos fundamentales, debe estar prevista en una norma y debe ser necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. La jurisprudencia penal ha venido entendiendo legítimas las injeren-

cias en la intimidad de terceros mediante la utilización de dispositivos GPS en vehículos o buques, pero siempre que estas prácticas se lleven a cabo por las fuerzas policiales en el curso de una investigación criminal por delitos graves. Por el contrario, la normativa sobre seguridad privada prohíbe expresamente a los detectives privados utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho a la intimidad personal o familiar. (**STS de 10 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En el curso de una investigación encargada a un detective privado para emitir un informe que sirviera como prueba en un proceso de familia en el que el demandante no era parte, se colocó sin su consentimiento un dispositivo de localización y de seguimiento mediante tecnología GPS en su coche. El demandante (JL) era sospechoso de mantener una relación sentimental con la exesposa de A y éste quería, a través de esta medida, solicitar una modificación de medidas adoptadas en el procedimiento de divorcio. JL interpuso una demanda contra A, el detective y la empresa de detectives para la que trabajaba, solicitando la declaración de intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y que se les condenara al pago solidario de una indemnización. Alegó: 1) que el actor no había consentido la colocación del dispositivo; 2) que el seguimiento había durado cuatro meses y había permitido conocer todos sus movimientos; 3) que se había producido, con ello, una vulneración a su derecho a la intimidad; 4) que el seguimiento había provocado en el demandante un síndrome persecutorio y constante estado de ansiedad.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda respecto de A y estimó en parte la demanda respecto del detective, declarando la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del actor y condenándole al pago de la mitad de la indemnización reclamada. Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación por parte del detective, solicitando la desestimación de la demanda. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, en el sentido de rebajar la cuantía de la indemnización. El demandado interpuso recurso de casación, alegando: a) que el uso de estos dispositivos de localización no supone una injerencia al derecho a la intimidad porque los datos que proporciona el dispositivo sólo permiten saber dónde se encuentra el vehículo objeto de seguimiento, pero no quién lo usa ni qué es lo que está haciendo o hablando las personas que van en él, ya que no capta imágenes ni sonidos; b) el seguimiento se hizo siempre en espacios públicos; c) que el uso de estos dispositivos está legalmente permitido y constituye un medio idóneo y proporcionado para el fin pretendido.

El Tribunal Supremo concluye que el uso de este tipo de dispositivos no es inócua para la intimidad, por mucho que no se captaran imágenes o sonidos y sólo facilitara la ubicación del vehículo, pues sirve para revelar datos o informaciones sobre la conducta de la persona investigada. Además, la conducta enjuiciada se puede incardinar en los supuestos 1 y 2 del artículo 7 LO 1/1982. El Alto Tribunal considera no admisible: a) el argumento de que los avances tecnológicos y el uso generalizado de la geolocalización en dispositivos

personales, como teléfonos móviles, obligue a reinterpretar el contenido y el alcance del derecho fundamental a la intimidad, pues todas las aplicaciones requieren el previo consentimiento del titular del dispositivo; b) el argumento de que el uso de este tipo de dispositivos está legalmente permitido y constituye un medio idóneo y proporcionado para el fin pretendido, pues la normativa aplicable al caso no permite el empleo por detectives privados de medios que vulneren la intimidad, algo que corresponde a las fuerzas y cuerpos policiales. Finalmente, el Tribunal Supremo se refiere a la cuantía de la indemnización, que entiende fijada correctamente por la Audiencia Provincial. Por todo ello, acaba desestimando el recurso.

NOTA.—Sobre el alcance del derecho a la intimidad frente al uso generalizado de las nuevas tecnologías, como el empleo de cámaras de seguridad, *vid.* las SSTC 799/2010, de 10 de diciembre, y 441/2019, de 24 de septiembre. Respecto a la grabación mediante cámara oculta, *vid.* las SSTC 186/2000, de 10 de julio; 156/2001, de 2 de julio; 196/2004, de 15 de noviembre; 1233/2008, de 16 de enero; 536/2009, de 30 de junio; y 634/2017, de 23 de noviembre, anulada parcialmente por la STC 25/2019, de 25 de febrero. También la STS de 7 de julio de 2016 y las SSTEDH 15 de febrero y 4 de mayo de 2000, y 2 de septiembre de 2010. En cuanto al juicio de proporcionalidad a la hora de establecer medidas restrictivas de derechos fundamentales, *vid.* SSTC 66/1995, de 8 de mayo; SSTC 37/1989; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero. Sobre la cobertura legal de utilizar esos dispositivos de seguimiento y localización, *vid.* STS de 13 de mayo de 2020. Finalmente, en cuanto a la fijación de la indemnización por daño moral en procesos sobre derechos fundamentales, *vid.* SSTs 24 de junio de 2020 y de 21 de septiembre de 2020. (*S. L. M.*)

6. Intromisión ilegítima en el derecho al honor. Acusación de amaños a jugador de fútbol profesional.—La Sala Primera del Tribunal Supremo estima que no existe vulneración al honor, sino legítimo ejercicio de libertad de expresión y derecho de información, por manifestar en privado que un jugador había tenido actitudes sospechosas (pedir vino a jugadores de otro equipo), pero dudando del significado de las mismas (si ello denotaba que se había «vendido») respetando su presunción de inocencia. En particular, la información era de interés general, veraz y no peyorativa. (**STS de 20 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El entrenador de un equipo de fútbol cuyos jugadores habían recibido solicitudes de vino sospechosas por parte de un jugador de otro equipo antes de la celebración de un partido en el que se jugaban la permanencia (solicitud con doble significado), comunicó al entrenador del equipo del jugador oferente mediante dos conversaciones telefónicas, que posteriormente se hicieron públicas en medios de difusión nacional, que había rumores de que dicho jugador se había vendido en dos partidos decisivos para el equipo. El jugador demandó al entrenador del equipo contrario

interesando una indemnización de daños y perjuicios por haber vulnerado su honor. Por el contrario, el demandado interesaba la desestimación de la demanda por entender que sus manifestaciones se realizaron en el ejercicio legítimo de su libertad de expresión y libertad de información.

Por su parte, el Tribunal Supremo partió recordando los elementos a tomar en consideración para proceder a la ponderación de los derechos al honor y a la libertad de expresión e información, a saber, que la información comunicada o la valoración subjetiva, la crítica u opinión divulgada, vengan referidas a un asunto de interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas; proporcionalidad, es decir, que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias; y, por último, veracidad, como requisito legitimador de la libertad de información.

Pues bien, en criterio del Alto Tribunal la actuación del demandado no sobrepasó los límites de la libertad de expresión y libertad de información ya que el asunto era de interés general, por referirse a un supuesto amaño de partidos en la liga de fútbol de segunda división; los hechos tenían un suficiente soporte fáctico (veracidad), de suerte que no se trataba de un mero rumor, sino que los jugadores de su equipo ratifican la petición de vino, lo que no desmiente el actor y puede provocar la interpretación comunicada; el demandado no utilizó expresiones peyorativas e insistía en que no sabía con seguridad que se hubiera vendido; y tampoco fue el demandado quien dio transcendencia pública a los hechos. (A. A. O.)

7. Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor.—A la hora de resolver el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor no resulta relevante valorar el requisito de la veracidad, pues éste sólo resulta aplicable a la hora de resolver las tensiones entre la libertad de información y el derecho al honor. Los juicios de valor no pueden ser correctos o incorrectos, verdaderos o falsos. Ahora bien, para que unas expresiones puedan estar amparadas por la libertad de expresión, los elementos a valorar son: a) que el asunto sobre el que versan tenga relevancia pública (por la trascendencia de la materia que constituye su objeto o porque las personas involucradas puedan ser consideradas personajes públicos); b) que no se empleen expresiones insultantes desconectadas con el mensaje que se requiere transmitir a esa cuestión de interés general. Dándose estos dos elementos, el empleo de expresiones críticas estaría justificado, aunque sean acerbos y aunque puedan resultar molestas, hirientes y desagradables para quien las recibe. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no habría sociedad democrática. Cuando las críticas van dirigidas a una persona que ocupa un cargo público y que participa en un debate público, es posible recurrir a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación, esto es, ser un poco inmoderado en sus expresiones. En estos casos, la libertad de expresión es plenamente aplicable cuando tales expresiones proceden

de un profesional de la información. (STS de 15 de mayo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La demandante (A) es miembro del partido político PD y diputada en el Congreso. Con ocasión de una sesión parlamentaria, donde se debatía una moción de censura presentada por el grupo parlamentario de la demandante, el demandado, periodista de profesión, realizó, a través de un programa de radio, una serie de comentarios que tuvieron por objeto la actuación de la actora. A interpuso una demanda de protección del derecho al honor contra el periodista, por las manifestaciones referidas a ella. Solicitó la declaración de la intromisión ilegítima en su honor, el cese en esa intromisión, la retirada de los comentarios de la web, hemeroteca y fonoteca del programa de radio, y el pago de una indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, al considerar que las declaraciones realizadas por el demandado constituían una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. Entendió el juez que las expresiones utilizadas dibujaron una imagen de ella de ignorante y analfabeta. El periodista apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia de primera instancia, considerando que los apelativos referidos a la actora estaban amparados por la libertad de expresión. Explicó que las manifestaciones cuestionadas se emitieron en un contexto de crítica política y fueron dirigidas a un personaje público que ejerce funciones públicas.

La demandante interpuso un recurso de casación, alegando la infracción del artículo 18.1 CE. A su juicio, no se trata de una crítica a una intervención parlamentaria o a una actuación política, sino de un ataque sistemático y gratuito. Según el Tribunal Supremo, en las expresiones cuestionadas se están emitiendo juicios de valor u opiniones. En este caso, las expresiones utilizadas iban dirigidas a un personaje público y, además, se referían a una cuestión de gran interés general. A su juicio, la puesta en duda de los méritos de la demandante para ocupar los cargos que ocupa y la vinculación de su carrera política con su relación sentimental con el líder de su partido, por más hiriente que pueda resultar a la demandante y por más descarnados que sean los términos utilizados, está amparada por la libertad de expresión. Continúa el Tribunal Supremo señalando que también está amparado por la libertad de expresión del periodista demandado: 1) el uso de apelativos sarcásticos para referirse a la demandante, jugando con el nombre de su pareja y líder de su partido político; 2) el empleo de calificativos relacionados con la agresividad que, en opinión del demandado, caracterizó la intervención parlamentaria de la actora que era objeto de comentario o anteriores actuaciones, por más que se incurra en el uso de términos vulgares e hirientes.

NOTA.—Sobre la posibilidad de que insultos estén amparados por la libertad de expresión cuando únicamente tengan un contenido afrentoso, *vid.* la STS de 11 de octubre de 2017. En cuanto al uso de críticas ácidas e hirientes, *vid.* la STEDH de 19 de julio de 2011 y las SSTS 338/2018, 620/2018 y 429/2019. (S. L. M.)

8. Requisitos para la preeminencia de la libertad de información sobre el derecho al honor.—La preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de información solo puede mantenerse en el caso concreto si concurren tres requisitos: que la información comunicada venga referida a un asunto de interés general o relevancia pública, que la información sea veraz y que su comunicación sea proporcional. En el caso enjuiciado, la controversia se reduce a comprobar si el tribunal sentenciador apreció correctamente la falta de veracidad de la información. Por veracidad ha de entenderse 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. En este caso, lo verdaderamente determinante para descartar que se tratase de una actuación amparada por la libertad de información es que se insistió en dar por ciertos unos hechos que con una diligencia media los demandados podían haber constatado que no lo eran. No tenía amparo en la libertad de información, por su falta de veracidad, que se imputara abiertamente al demandante el haberse asignado una retribución, como si respondiera a una decisión unilateral, porque la decisión se tomó por la junta de accionistas de la sociedad en un acuerdo que fue posteriormente anulado, a pesar de que los demandados conocían el devenir de los acontecimientos, al haber realizado un seguimiento informativo, y de que, dado el tiempo transcurrido (casi tres años) entre la fecha del acuerdo societario aprobando la referida retribución extraordinaria y la fecha del artículo enjuiciado, era evidente que los demandados sabían, o tendrían que haber sabido si hubieran desplegado la mínima diligencia exigible al informador, qué era lo que había sucedido con dicho acuerdo. Además, la omisión de esos datos afectó a la esencia de lo informado, pues se trató de omisiones de notoria importancia para la comprensión del mensaje transmitido acerca del comportamiento del demandante. En consecuencia, el propósito de los demandados fue desacreditar al demandante mediante una omisión de datos esenciales que desvirtuaban en gran medida aquello de lo que tan tardíamente se informaba. **(STS de 20 de mayo de 2021; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Severino interpuso una demanda contra un periódico digital y un periodista, solicitando que se declare vulnerado su derecho al honor por un artículo publicado en dicho periódico. Además, solicitaba una indemnización de 200.000 euros, la cesación en la intromisión ilegítima y la publicación íntegra, a costa del demandado, de la sentencia de condena, en la forma solicitada. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, aunque acordando una indemnización de 20.000 euros y limitando la publicación de la sentencia al fallo. Contra dicha resolución interpusieron los demandados recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia. La sentencia de la Audiencia es recurrida en casación por los demandados. El Tribunal Supremo desestima el recurso. *(J. M.^a M. F.)*

9. Derecho fundamental al honor de personas jurídicas: intromisión ilegítima por imputación de hechos antijurídicos graves sin prueba alguna, que no resultan amparados en las libertades de expresión e información.—La firma de un documento en el que se imputan hechos a un tercero supone la asunción de las manifestaciones que contiene, sin que importe su concreto autor, cuando las partes lo hacen propio y expresan la voluntad de difundirlo, por lo que encaja en la atribución o expresión a la que se refiere el artículo 7.7 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. No existe un derecho fundamental absoluto que, en caso de colisión, siempre deba prevalecer sobre cualquier otro en conflicto al margen de las circunstancias concurrentes, por lo que los tribunales han de realizar un juicio motivado de ponderación para determinar cuál de ellos ha de prevalecer (STS 139/2021, de 11 de marzo), mediante el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno resulte afectado, con el fin de determinar la preferencia de uno u otro (STS 811/2013, de 12 de diciembre). Las libertades de expresión e información tienen sus límites especialmente en el derecho al honor (art. 20.4 CE). La libertad de expresión tiene un ámbito de acción más amplio que la libertad de información, al no comprender como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 138/2007, de 4 de junio) que, por su propia naturaleza, no se prestan a una exigencia de prueba de su verdad o diligencia en su averiguación, que sí condiciona el ejercicio de la segunda libertad (SSTC 181/2006, de 19 de junio; 56/2008, de 14 de abril; 79/2014, de 28 de mayo; 38/2017, de 24 de abril, y 24/2019, de 25 de febrero). La libertad de expresión ampara manifestaciones de pensamientos, ideas y opiniones de forma crítica, agria, incluso desabrida, sobre hechos de interés general y de trascendencia social, pero no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado; pues de ser así debe prevalecer la protección del derecho al honor (SSTS 685/2017, de 19 de diciembre; 481/2019, de 20 de septiembre; 6/2020, de 27 de enero, y 276/2020, de 10 de junio). Cuando se imputa la comisión de hechos antijurídicos, la exposición de los hechos y las valoraciones aparecen indisolublemente unidas, por lo que ni siquiera la opinión crítica justifica la atribución al criticado de hechos no veraces, que objetivamente considerados, ofendan gravemente su honor (STS 252/2019, de 7 de mayo). Por ello, no cabe imputarle a una asociación hechos tan graves como una defensa del nazismo sin aportar prueba alguna. Para que prevalezca la libertad de información sobre el derecho al honor es necesario valorar tres requisitos: que la información venga referida a un asunto de interés general, que exista proporcionalidad, es decir, que no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias y, por último, que la información sea veraz (SSTS 252/2019, de 7 de mayo y 26/2021, de 25 de enero).

Proporcionalidad del *quantum* indemnizatorio y de la publicación de la sentencia.—Para la cuantificación del daño moral ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS 12/2014, de 22 de enero, y 674/2020, de 14 de diciembre, entre otras). Esta cuantificación es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión ha de respetarse en casación, salvo que no se hubiera atendido a los criterios legales establecidos por el artículo 9.3 LO 1/1982, o en caso de error manifiesto, arbitrariedad o notoria desproporción (SSTS 696/2015, de diciembre; 261/2017, de 26 abril, y 684/2020, de 15 de diciembre, entre otras). La difusión de la sentencia es

una medida idónea para restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de su derecho, pues sirve para exponer a la opinión pública la tutela judicial que la ley concede frente a la intromisión ilegítima; y corresponde al órgano judicial valorar si tal medida es proporcionada al daño causado. (**STS de 6 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Varias entidades catalanas y personas físicas, algunos parlamentarios europeos, suscribieron y dieron publicidad a un manifiesto titulado «La societat civil de Catalunya, per la dignitat» en el que imputaron, sin prueba alguna, a Societat Civil Catalana, Associació Cívica i Cultural (en adelante, SCC) la defensa de ideas totalitarias, que la harían indigna del premio Ciudadano Europeo 2014 concedido por el Parlamento Europeo. SCC presentó demanda de protección de su derecho fundamental al honor frente a los firmantes de tal manifiesto, quienes contestaron que no existía vulneración del citado derecho, sino ejercicio legítimo de la libertad de expresión e información, que debían prevalecer en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. El Juzgado de Primera Instancia, tras abstenerse de conocer de la demanda en relación con los miembros del Parlamento Europeo, condenó al resto de demandados a cesar y abstenerse en el futuro de las actuaciones descritas o similares, a publicar a su costa el encabezamiento y fallo de la sentencia, una vez adquiriera firmeza, en el diario La Vanguardia, y a abonar solidariamente a la actora, en concepto de indemnización, la cantidad de 15.000.—€. El recurso de apelación fue desestimado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*F. S. N.*)

10. Libertad de información vs. derecho al honor.—Para que prevalezca la libertad de información sobre el derecho al honor, es necesario que la difusión del hecho se haya producido observando el requisito de la veracidad. Para ello, habrá que determinar si el informador ha desarrollado una razonable diligencia para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, incluso aunque después la información no resulte confirmada o llegue a desmentirse. La exigencia de diligencia es mayor cuando la noticia que se divulga puede suponer, por su propio contenido, un descrédito en la consideración de la persona a la que se refiere la información.

Por otro lado, para que un reportaje pueda considerarse neutral, deben cumplirse las siguientes condiciones: a) que el objeto de la noticia esté constituido por declaraciones que imputen hechos lesivos del honor, pero que sean por sí mismos y como tales, declaraciones, noticia, poniéndose en boca de personas determinadas responsables de ellas; b) que el medio informativo sea un mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. No habrá reportaje neutral: 1) si el medio reelabora la noticia; 2) cuando es el medio el que provoca la noticia (periodismo de investigación).

En lo que respecta a la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, está comprendida dentro del ámbito preservado por el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE. Se trata de una información íntima y espe-

cialmente sensible. Ahora bien, la tutela de la intimidad se debilita cuando sus titulares son personas públicas o con notoriedad pública, estando obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones sobre cuestiones de interés general. Mientras que un particular desconocido para el público puede aspirar a una protección especial de su derecho a la vida privada, no sucede lo mismo con las personas públicas.

Libertad de información vs. derecho a la imagen.—Debe calificarse como intromisión en el derecho a la propia imagen la difusión en un medio de comunicación de la fotografía que una persona haya subido a su perfil de una red social. Tal uso personal de la imagen lo lleva a cabo el titular del derecho con los terceros, permitiéndoles el acceso al contenido de esa red social, pero no conlleva, como consecuencia natural, la autorización para que un medio de comunicación reproduzca esos contenidos. La publicación de una fotografía por parte de una persona en su red social no constituye el consentimiento expreso a que se refiere el artículo 2.2 LO 1/1982, excluyente de la ilicitud.

Revisión de la indemnización.—La fijación de la indemnización es una cuestión que compete a los tribunales de instancia. Su revisión en casación es excepcional, pues únicamente es posible cuando no se hayan respetado los criterios legales o en casos de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción. A la hora de determinar, el Tribunal Supremo ha señalado: 1) 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 cuantificarla, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso; 2) no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico; 3) se trata de una valoración estimativa, que, en el caso de daños morales derivados de la vulneración del derecho fundamental del artículo 18.1 CE, ha de atender a los parámetros previstos en el artículo 9.3 LO 1/1982, utilizando criterios de prudente arbitrio. (**STS de 17 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Un grupo de hermanos ejercitan una acción por intromisión en el honor de su padre fallecido por el reportaje elaborado por un periodista y publicado en la web de un medio de comunicación y en el que se recogían las manifestaciones de uno de los hermanos acerca de que el fallecido había forzado a su madre, a consecuencia de lo cual nació dicho hijo. Los mismos demandantes también ejercitan acción por intromisión en la intimidad del padre contra el periodista y el medio por informar de que la causa de fallecimiento del padre fue cáncer de próstata. E, una de las hijas demandantes, ejercita además una acción por intromisión en su intimidad y derecho a la propia imagen contra el periodista y contra el medio por la publicación, junto a la anterior información, de una foto suya, obtenida de su perfil de Twitter, indicando su profesión y el medio de comunicación para el que trabaja.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Condenó al periodista y al medio: a) por vulneración en la intimidad del padre por divulgar la causa de su fallecimiento; b) por intromisión en el honor del padre por lo que se refiere a la información relativa a la relación sexual forzada con la madre; c) por intro-

misión en la imagen e intimidad de la hija cuya imagen y datos laborales se publicaron. La Audiencia desestimó los recursos de apelación interpuestos por los demandados y confirmó la sentencia de primera instancia.

El periodista y el medio interpusieron recurso de casación. Alegan, en primer lugar, la infracción de los artículos 20.1.d) y 18 CE y de los artículos 2.1 y 7.7 LO 1/1982, en cuanto al juicio de ponderación entre el libre ejercicio de la libertad de información y el derecho al honor. Este primer motivo es desestimado por el Tribunal Supremo. A su juicio, no concurre interés general en el artículo publicado, pues versa sobre la eventual paternidad de una persona fallecida hace diecisiete años y cuya relevancia social se encontraba ya prácticamente extinguida al tiempo de la publicación. Por lo respecta al cumplimiento del requisito de la veracidad de la información, entiende el Tribunal Supremo que el nivel de diligencia exigible por parte de los recurrentes debía haber alcanzado su máxima intensidad, ya que la noticia que se iba a divulgar suponía un descrédito en la consideración de la persona a la que se refería. En cuanto a la neutralidad de la información publicada, se considera que ni el periodista ni el medio de comunicación transcribieron de forma aséptica lo declarado por la entrevistada. Tanto por el contenido como por el uso de la tipografía en negrita, otorgaron una relevancia singular a la referencia al forzamiento sexual, resaltando un dato carente de interés general con el único fin de alimentar la morbosidad. En segundo lugar, alegan los recurrentes la infracción de los artículos 20.1.d) y 18 CE, y los artículos 7.3 y 7.7 LO 1/1982, en cuanto al juicio de ponderación entre el libre ejercicio del derecho a la libertad de información y el derecho a la intimidad. El Tribunal Supremo también desestima este motivo, pues entiende que se ha ponderado de manera correcta el conflicto entre ambos derechos. Añade que la identificación de dicha enfermedad como causa del fallecimiento no resultaba necesaria. Por lo que respecta a la vulneración del derecho a la intimidad de E, sostienen los recurrentes que su trayectoria profesional había sido publicada por ella misma en redes sociales y plataformas. El Tribunal Supremo también desestima esta pretensión. Apunta que E no era un personaje público cuya vida personal tuviera un interés general. Todo lo anterior hace que el Tribunal Supremo desestime el recurso de casación interpuesto por el medio de comunicación y el periodista, confirmando la cuantía de la indemnización concedida en las instancias anteriores.

NOTA.—Sobre la ponderación sobre si una información tiene relevancia pública o interés general, *vid.* la STC 68/2008 y las SSTs de 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, 19 de julio de 2004 y 6 de julio de 2009. En cuanto al significado de veracidad, *vid.* las SSTC 139/2007 y 29/2009. Por lo que se refiere al reportaje neutral, *vid.* las SSTC 41/1994, 6/1996, 52/1996 y 190/1996, 144/1998. El conflicto entre libertad de información e intromisión en la intimidad, en lo que tiene que ver con información relativa a la salud de una persona, ha sido objeto de la STS de 20 de julio de 2018 y de las SSTC 159/2009 y 70/2009. En estos casos, el Tribunal Supremo tiene una rica jurisprudencia sobre la

fijación de la indemnización, en lo que tiene que ver con: a) su determinación por los tribunales de instancia (SSTS de 26 de abril de 2017, 21 de junio y 19 de diciembre de 2018); b) la valoración de las circunstancias del caso concreto para fijar el daño moral y la presunción de su existencia (SSTS de 19 de diciembre de 2018 y 18 de enero de 2019); c) la prohibición de conceder indemnizaciones de carácter meramente simbólico (STS de 19 de diciembre de 2018). (S. L. M.)

11. Derecho a la propia imagen. Tutela civil. Colisión con el derecho a la información. Prevalencia del interés público. Doctrina jurisprudencial.—El interés de una persona por evitar la difusión de su imagen solo debe ceder ante la existencia de un interés público prevalente o ante la presencia de circunstancias legitimadoras de la intromisión. La doctrina jurisprudencial (por todas, STS 691/2019, de 18 de diciembre), viene declarando que la concurrencia de un interés público prevalente en la opinión o información comunicadas (interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas, que en el caso de la proyección pública de las personas afectadas por la información se reconoce por razones diversas como la actividad política, la profesión, la relación con un importante suceso, la trascendencia económica o la relación social, entre otras circunstancias), es presupuesto común para no revertir en el caso concreto la prevalencia de la que gozan en abstracto las libertades de expresión e información frente a los derechos de la personalidad del artículo 18.1 CE. Otro presupuesto común para que el ejercicio de ambas libertades fundamentales pueda legitimar la intromisión es la proporcionalidad en la comunicación de las opiniones o noticias, pues ni la libertad de información ni la de expresión amparan la vejación o el insulto (STS 384/2020, de 1 de julio).

Veracidad. Irrelevancia cuando se refiere a la imagen utilizada, salvo manipulación.—En cuanto al requisito de la veracidad, solo es exigible cuando se trata del ejercicio de la libertad de información. La jurisprudencia puntualiza que cuando resulta afectada la imagen su relevancia es mínima o de menor trascendencia (SSTS 518/2012, y 471/2011), pues la veracidad es inmanente a la imagen divulgada salvo que se pruebe que ha sido manipulada (STS 446/2017, con cita de las SSTS 625/2012, de 24 de julio, 547/2011, de 20 de julio y 92/2011, de 25 de febrero).

El derecho a la propia imagen no comprende una facultad incondicionada de permanecer en el anonimato.—La publicación de una fotografía supone una intromisión en el derecho a la privacidad de la persona, pues muestra al público sus rasgos, haciéndola identificable. Pero, al mismo tiempo, no puede deducirse del artículo 18 CE que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato (STC 139/2001, de 19 de junio)

Prevalencia del interés público de la información a la que se vincula el uso inconsciente de la imagen de una persona.—La protección del derecho a la imagen cede en aquellos casos en los que la publicación de la imagen, por sí misma, o en relación con la información escrita a la que acompaña, posea interés público, es decir, contribuya a la formación de la opinión pública. El derecho a la imagen deberá sacrificarse en aquellos casos en los que, aun sin su consentimiento, se capta, reproduce o publica un documento gráfico en el que la persona aparezca —de manera no accesoria— en relación

con un acontecimiento público que posea el rasgo de noticiable, especialmente si es en el ámbito por el que es conocida la persona (STC 27/2020, de 24 de febrero y STS 217/2020, de 1 de junio). (STs de 4 de mayo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El actor, consejero delegado de uno de los grupos de comunicación audiovisual más importantes de los que operan en España, demandó a la empresa editorial propietaria del diario E., solicitando se declarase la existencia de intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen, y se le condenara a abonar la cantidad de 50.000€ en concepto de daños morales. Entendía que el uso reiterado, y casi incesante, de la imagen personal del demandante, que se había llevado a cabo siempre sin su consentimiento, constituía la denunciada intromisión ilegítima. Además, su imagen se había ligado mayoritariamente a informaciones excesivamente críticas y generalmente tergiversadas. Atribuyendo la animadversión con que se utilizaba su imagen al fracaso de una operación comercial común que habían acometido ambas empresas. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda, al considerar que, aunque la publicación había actuado sin el consentimiento del titular de la imagen, concurría la excepción del artículo 8.2 LO 1/1982, dada la evidente notoriedad pública del individuo y porque las imágenes fueron captadas en lugares o actos públicos, de manera similar a como hacían otras publicaciones, sin que existiera abuso o desproporción ya que las imágenes utilizadas siempre estuvieron vinculadas con informaciones referentes a la trayectoria y actividad de la empresa dirigida por el actor. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

12. Derecho de rectificación. Contenido. Objeto. Alcance. Posibilidad de excluir de la publicación de la rectificación las manifestaciones o expresiones que representen opiniones o juicios de valor. La rectificación puede recoger hechos que no sean objeto de información pero que están estrechamente vinculados con estos. Doctrina jurisprudencial.—El derecho de rectificación se encuentra directamente relacionado con la tutela del honor y, especialmente, con la tutela de la libertad de información. Su objeto son los hechos (no las opiniones) que, afectando al demandante, este considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle un perjuicio. La función de control jurídico del derecho de rectificación por parte del órgano judicial permite, superando la tesis del «todo o la nada», que se pueda acordar la publicación parcial del escrito de rectificación, excluyendo las opiniones o juicios de valor, es decir, aquella parte que no se limite a los hechos. Será el resultado del juicio de ponderación lo que determine la procedencia o no de reducir el escrito de rectificación (SSTS 376/2017, de 17 de junio; 80/2018, de 14 de febrero; 594/2019, de 7 de noviembre; 360/2020, de 24 de junio). Del mismo modo, en la rectificación se pueden comprender no solo los hechos objeto de información sino también aquellos otros que, por su estrecha relación con los que fueran objeto de la información, contribuyan a reforzar su negación (STS 570/2017, de 20 de octubre).

Derecho de rectificación: para su ejercicio no es necesario acreditar la falta de veracidad de la información rectificadora. Doctrina constitucional.—Según la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 168/1986, de 22 de diciembre; y 99/2011, de 20 de junio), para que proceda la rectificación no es preciso que se demuestre la inveracidad de la información publicada. La publicación de la rectificación no supone que el medio informativo deba declarar que la información que publicó era incierta ni modificar su contenido. La simple inserción de una versión de los hechos distinta y contradictoria ni siquiera limita la facultad del medio de ratificarse en la información inicialmente suministrada o, en su caso, aportar y divulgar todos aquellos datos que la confirmen o avalen. La imposición de la inserción de la rectificación no implica la exactitud de su contenido, pues la decisión judicial que ordena dicha inserción no puede acreditar, por la propia naturaleza del derecho ejercitado y los límites procesales en que se desenvuelve la acción de rectificación, la veracidad de aquélla. La procedencia de la rectificación no otorga ninguna carta de autenticidad a la versión ofrecida por quien ejercita el derecho. (**STS de 4 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los actores presentaron demanda en ejercicio del derecho de rectificación, solicitando se declarase la inexactitud de la información publicada por el diario digital propiedad del demandado. Asimismo, se pedía que se publicara el escrito íntegro de rectificación que los demandantes habían hecho llegar a la publicación, en ejercicio de este derecho, así como la retirada de la noticia de la web donde se encontraba. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al diario a la publicación íntegra del escrito de rectificación con los anexos que le acompañaban, ya que el diario había publicado la rectificación recibida, pero modificando ciertos pasajes, eliminado algunas partes del escrito y presentándolo como una noticia propia. Además, no había publicado los documentos anexos que acompañaban al escrito de rectificación. Desestimó, sin embargo, el resto de las peticiones por entender que el procedimiento entablado no era el adecuado para decidir tales pretensiones. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación del demandado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de apelación promovido por el apelante. (*L. A. G. D.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Adquisición de productos financieros: Cómputo del plazo de la acción de nulidad por error vicio.—La Sala Primera reitera su jurisprudencia, según la cual ante productos financieros complejos —como los Valores Santander— el contrato no puede entenderse consumado en el momento de la adquisición a efectos de caducidad de la acción de nulidad, sino que la caducidad se produce en la fecha de conversión obligatoria de los Valores Santander, pues en ese momento se materializa el riesgo de la inversión.

Adquisición de productos financieros: determinación de la existencia de error vicio.—Se debe descartar la existencia de error vicio en la adquisición

del producto Valores Santander, si el cliente era consciente de que las acciones recibidas tras el canje podían no tener un valor de mercado equivalente a la inversión realizada y que su valoración bursátil podía terminar siendo inferior o muy inferior al capital invertido; todo ello, aunque pudiera existir una información incompleta en la información suministrada por la entidad al cliente.

Adquisición de productos financieros: indemnización por incumplimiento contractual.—La Sala Primera indica que, si el cliente tuvo pleno conocimiento de las características y los riesgos financieros que acompañaban al producto, no ha lugar a una acción indemnizatoria por incumplimiento (contractual) de la obligación del banco de informar acerca de tales características y tales riesgos. (**STS de 25 de mayo de 2021**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 4 de octubre de 2007 Keodes S. L. suscribió con Banco Santander S. A. una orden de adquisición de 150 títulos denominados Valores Santander —es decir, obligaciones necesariamente convertibles en acciones—, por importe total de 750.000 €. La adquisición fue financiada por el mismo banco, que concedió un préstamo de 750.000 €, al 4% de interés. Con anterioridad, el administrador de Keodes, que era un inversor de riesgo, había invertido en numerosos fondos de inversión y en productos financieros derivados. El producto financiero Valores Santander se enmarcaba en la oferta pública de adquisición sobre el ABN Amro formulada por Banco Santander y otras entidades. Los Valores Santander servían, en efecto, a la financiación de la adquisición. Por eso, el resultado de la operación para el cliente podía variar. Si no se llegaba a adquirir ABN Amro, el producto se amortizaría el 4 de octubre de 2008, con reembolso del valor nominal y una remuneración del 7,30 % nominal anual (7,50 % TAE).

Pero, si se llegaba a adquirir ABN Amro —y esto fue lo que realmente ocurrió—, los valores serían obligatoriamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias del Banco Santander S. A., de nueva emisión. En tal caso, no habría reembolso del nominal en efectivo. En este segundo supuesto, el canje obligatorio se preveía para el 4 de octubre de 2012. No obstante, el inversor podría optar por un canje voluntario los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011. Para la conversión, la acción del Banco Santander se valoraría el 116 % de su cotización cuando se emitieran las obligaciones convertibles, esto es, por encima de su cotización en ese momento. Finalmente, el producto preveía que los valores tendrían un rendimiento nominal anual del 7,30 % hasta el 4 de octubre de 2008 y del Euribor + 2,75 % desde entonces. La entidad financiera entregó al inversor un tríptico explicativo de las características de la inversión e informó al cliente que, tras el periodo de conversión voluntaria, los títulos se convertirían en acciones del Banco Santander.

Al culminarse la adquisición del ABN Amro, el 17 de octubre de 2007, Banco Santander emitió las obligaciones necesariamente convertibles —los Valores Santander—, con un precio de referencia de 16,04 € por acción, resultante de aplicar un 116% a la media aritmética de las acciones del mismo Banco en los cinco días hábiles bursátiles anteriores. El problema radicó en que, al momento de

la conversión obligatoria de los Valores Santander en acciones, el precio en Bolsa de la acción del Banco Santander había caído (4 de octubre de 2012) y se situaba en 5,8667 € por acción. Como consecuencia, los inversores experimentaron una pérdida patrimonial. Este contexto llevó a Keodes SL a formular, el 30 de junio de 2016, demanda contra Bando Santander en la que interesaba (i) la nulidad, por error vicio, del contrato de adquisición de los Valores Santander y del contrato de canje, con la consiguiente restitución de prestaciones; y (ii) subsidiariamente la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de nulidad por caducidad, al tiempo que descartó la existencia de un incumplimiento contractual. La Audiencia Provincial desestimó igualmente el recurso y confirmó la sentencia de instancia, descartando en su razonamiento la existencia de error vicio, en cualquier caso. Frente a esta sentencia, Keodes interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

14. Validez de la cláusula que fija la fórmula matemática 360/360 para el cálculo del interés remuneratorio.—La fórmula matemática para el cálculo de los intereses remuneratorios se hace mediante una fracción en la que la duración del año debe constar tanto en el numerador como en el denominador. Bajo esa premisa, son varias las modalidades de cálculo utilizadas en España, en función del número de días que se haga constar en el numerador y en el denominador. Lo determinante, a efectos del equilibrio de las prestaciones y la reciprocidad del contrato, es que se utilice la misma duración del año para el tiempo transcurrido y para la base de cálculo. De manera que la utilización del llamado año comercial (360 días) no implica necesariamente un perjuicio para el prestatario si se mantiene la misma duración respecto del cómputo del tiempo efectivamente transcurrido (360/360). E igual sucede si se mantiene el criterio del año natural (365 días) en ambas variables. Por el contrario, el perjuicio económico se produce cuando la entidad predisponente impone la base de los 360 días y, al mismo tiempo, mantiene el año natural (365 días) para el cómputo de los días transcurridos (365/360), lo que, durante la vigencia del préstamo, produce inexorablemente un incremento de los intereses en favor del prestamista, porque por simple cálculo aritmético el método 365/360 eleva el tipo de interés en un 1,39% en un año normal y en un 1,67% en un año bisiesto. En la cláusula definitoria del cálculo del interés enjuiciada, se aprecia que el plazo de 360 días figura en ambos lados de la fórmula. De la mera lectura de la escritura pública se desprende que la fórmula de cálculo era 360/360 y no 365/360 como parece mantenerse en la demanda y en el recurso. Por lo que no cabe considerar que la cláusula cuestionada, aunque no se adapte estrictamente a las recomendaciones sobre formulación de la TAE, no fuera transparente, más allá de las dificultades de comprensibilidad intrínseca que puede tener cualquier fórmula matemático-financiera para una persona no experta. Pero es que, aunque considerásemos que la cláusula método 360/360 no se ajuste estrictamente a la normativa que prevé que el cálculo se haga mediante el método 365/365, no produce ningún desequilibrio en perjuicio del consumidor ni, en consecuencia, puede achacarse mala fe a la entidad predisponente al utilizarlo. El método de cálculo no beneficia sistemáticamente al banco, ni supone que se incremente el importe

de los intereses remuneratorios Por lo que, siendo esa la fórmula de cálculo establecida en el contrato litigioso no cabe considerar que resulte abusiva, en los términos del artículo 82 TRLGCU. Tampoco cabría considerar que la cláusula es abusiva por estar incluida en la lista negra de los artículos 85 a 90 TRLGCU (en este caso, por falta de reciprocidad, *ex art.* 87), porque el método 360/360 no incurre en esa falta de correspondencia entre las situaciones de ambas partes. (**STS de 25 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Dos personas físicas suscribieron un contrato de préstamo hipotecario con una entidad bancaria, entre cuyas cláusulas se incluía una que establecía la fórmula financiera para el cálculo de intereses del préstamo conforme al método 360/360. Los prestatarios formularon una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitaban la nulidad por abusivas de diversas cláusulas del préstamo, entre ellas la aludida. Las sentencias de ambas instancias desestimaron la demanda. Los demandantes han formulado un recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

15. Contratos bancarios. Préstamo con derivado implícito. Ausencia de responsabilidad civil de la entidad de crédito.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara improcedente la indemnización de daños y perjuicios solicitada por una empresa prestataria por la contratación de un préstamo con derivado implícito para convertir el tipo de interés variable en fijo, pues la entidad de crédito cumplió con las obligaciones informativas preceptivas, así como porque la iniciativa al respecto partió del representante legal de dicha empresa y no de la entidad crediticia. (**STS de 11 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En 2008 una sociedad limitada concertó con BBVA una póliza de préstamo por importe de 775 000 euros, en la que se contenía un derivado implícito que afectaba a la determinación de los intereses. Tras la bajada de los tipos de interés a partir de 2009, la empresa demandó a BBVA ejercitando con carácter principal una acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones del banco —entre ellas, la presumida obligación de efectuar el test de idoneidad—, con petición de condena a «la devolución de todas las cantidades percibidas y que se perciban hasta Sentencia por el derivado financiero, con los intereses legales de dichas cantidades desde cada una de las liquidaciones».

Con todo, el Alto Tribunal rechazó la existencia de incumplimientos por parte de la entidad de crédito que justificaran la pretendida indemnización. En concreto, constaban cumplidas las obligaciones informativas —información comparativa sobre las cuotas resultantes y coste de cancelación—, no existía contrato de asesoramiento por lo que no era preciso efectuar el test de idoneidad y, a mayores, el tipo de interés se convirtió en fijo a solicitud de la empresa prestataria. (*A. A. O.*)

16. Resolución de contrato de permuta por obra futura: aplicación de condición resolutoria expresa con cláusula penal por incumplimiento derivado de vicisitudes del planeamiento urbanístico.— Inexistencia de caso fortuito por previsibilidad del suceso.—El artículo 1255 CC permite a los contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al artículo 1124 CC tengan o no trascendencia resolutoria (STS 239/2010, de 30 de abril, citada por SSTS 637/2017, de 23 de noviembre, y 765/2010, de 23 de octubre). Resulta posible, en virtud de la autonomía de la voluntad, que la cesionaria de los terrenos objeto de permuta asuma el compromiso de entregar la obra futura independientemente de las vicisitudes del planeamiento urbanístico, por lo que debe soportar las consecuencias del riesgo libremente asumido. No existe caso fortuito ni cabe moderar la cláusula penal al ser previsibles para profesionales de la construcción las posibles dificultades del planeamiento urbanístico, y haber tenido la posibilidad de plasmarlas en el contrato, por lo que la cesionaria no puede repercutir en el cedente del solar la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento. Además, es contrario a la buena fe (art. 1258 CC) y viola el artículo 1105 CC, que un contratante pretenda aceptar los beneficios de la especulación derivada de un contrato y repercutir a la otra parte las pérdidas que se pudieran seguir de una situación de riesgo aceptado (STS 597/2012, de 8 de octubre, citada por la STS 5/2019, de 9 de enero). **(STS de 6 de mayo de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Una mercantil, propietaria de unos terrenos transfirió su dominio a otra entidad, que se comprometió a costear su urbanización y a solicitar licencia de edificación en un determinado plazo desde la recepción municipal de la urbanización; así como a construir y entregar a la cedente, antes de un día fijado, unas edificaciones equivalentes al 25 % de la totalidad de la edificabilidad que se obtenga en las parcelas resultado del desarrollo del planeamiento urbanístico municipal. Concretamente, se pactó que «el incumplimiento por parte de la (cesionaria) de: no solicitar la licencia de obras en el plazo de tres meses desde la recepción provisional de las obras de urbanización..., o bien no entregar los elementos individuales... antes del día 14 de octubre de 2011, podrá dar lugar, a opción de la parte vendedora con el carácter de condición resolutoria a la resolución de pleno derecho del presente contrato... con independencia de la reclamación de sus daños y perjuicios, en caso de incumplimiento, se establece como cláusula penal, el pago... de un total de 1.400.000 €...». La cesionaria no pudo cumplir con su obligación, pues se paralizó el planeamiento urbanístico, por lo que la cedente interesó la resolución del contrato y que se declarase ajustado a derecho el cobro de la cantidad que, en concepto de cláusula penal, había entregado la primera a través de aval bancario. La cesionaria se opuso a la resolución contractual, así como a la ejecución del aval, alegando la inexistencia de un incumplimiento imputable. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y condenó a la demandante cedente a devolver el importe de la cláusula penal, al considerar que no hubo un incumplimiento imputable a la cesionaria, pues la no aprobación de la urbanización convirtió el objeto del

contrato en imposible. La demandante presentó recurso de casación en el que alegó, entre otros motivos, infracción del artículo 1255 CC y del principio general *pacta sunt servanda* expresado en el artículo 1091 CC y su interpretación jurisprudencial, puesto en relación con las estipulaciones contractuales que contemplaban la condición resolutoria expresa y la cláusula penal, cuyo supuesto de hecho es la falta de entrega de la prestación comprometida por la cesionaria en la forma y plazo pactados. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Para descartar el caso fortuito, el pronunciamiento se fundamenta en el carácter previsible de las dificultades del planeamiento urbanístico, sin imputar a la cesionaria la falta de su desarrollo, y realiza una interpretación de la cláusula extractada de acuerdo con la que cabría entender que la cesionaria se comprometió a entregar lo edificado independientemente de aquellas vicisitudes. Y por ser previsible y no haberse tomado la precaución de pactar la falta de responsabilidad por tales circunstancias, se entiende asumido libremente el riesgo. En este sentido, señala Díaz de Lezcano Sevilla, I., «El caso fortuito: doctrina y jurisprudencia», en *Estudios de Derecho de Contratos*, Dir. Morales Moreno, Coord. Blanco Martínez, I, Madrid, 2022, p. 274, que un suceso previsible para el deudor al momento de constituirse la obligación hace que éste haga suyos los riesgos de que tal suceso puedan derivarse. (F. S. N.)

17. Responsabilidad civil profesional del abogado. Pérdida de oportunidad. *Lex artis*.—El Tribunal Supremo hace una exposición sobre la relación existente entre los letrados y sus clientes que contratan sus servicios profesionales, señalando en última instancia que la responsabilidad civil profesional de aquellos es subjetiva o por culpa. También explica el Tribunal que, cuando la actuación del abogado determina la frustración de una acción judicial de carácter patrimonial, la determinación del daño no debe hacerse mediante una cantidad fijada de forma discrecional como daño moral; sino que ha de ser tratada en el marco propio del daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidad. Exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para la estimación de la acción frustrada, siendo necesario llevar a cabo un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción.

El Tribunal Supremo concluye que la actuación de la letrada en el caso concreto fue negligente. La demanda inicial se presentó dentro del plazo de caducidad establecido legalmente, pero bajo la invocación genérica «al juzgado», sin precisar que fuera repartido a los de familia, ni tampoco hacer referencia a tal competencia dentro de la fundamentación jurídica de la demanda presentada. La demanda fue repartida indebidamente al juzgado de primera instancia, que acordó oír a la demandante para que informase sobre la competencia del precitado juzgado, y la letrada no evacuó el trámite conferido. En ese momento, la letrada debía ser consciente de las graves consecuencias que se producirían, de cara a la caducidad de la acción, si el órgano jurisdiccional decretaba su falta de competencia objetiva. Pero, pese a ello y de forma poco comprensible, no llevó a cabo alegación alguna.

Una actuación procesal mínimamente diligente implicaría haber puesto en conocimiento del juzgado las graves consecuencias que originaría una

resolución de archivo del procedimiento por falta de competencia objetiva. Sin embargo, esperó a que se dictara el auto declarando la falta de competencia objetiva, no recurrió esta resolución, que adquirió firmeza, y se limitó a interponer una nueva demanda, habiendo transcurrido para entonces el plazo de caducidad. Así las cosas, solo cabe interpretar que, o bien desconocía la naturaleza del plazo, o bien no era consciente de las graves consecuencias generadas por la previa pasividad en la que había incurrido. A diferencia de lo que concluyó el tribunal de apelación, no puede considerarse que la única y decisiva causa del evento dañoso fue la remisión de la demanda por parte del decanato de los Juzgados de Barcelona a un juzgado de primera instancia. Tal defecto fue decisivamente favorecido por la falta de diligencia de la demandada que, ante una situación de tal clase, perfectamente corregible, no activó los mecanismos procesales con los que contaba su patrocinada, ni le reservó, en su caso, sus derechos para verse resarcida de un error de tal naturaleza; lejos de ello consintió y toleró tal situación. **(STS de 1 de junio de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La controversia surge porque una abogada había dejado caducar una acción mediante la que reclamaba una pensión periódica y la compensación económica previstas en la normativa catalana sobre uniones estables de parejas. Su defendida, perjudicada por dicha caducidad, formula una demanda contra la letrada.

El juzgado estima parcialmente la demanda y concede una cantidad a la actora, aunque inferior a la pedida, valorando las posibilidades de que la acción caducada hubiera prosperado y, en su caso, en qué cuantía, mediante la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. La demandada interpone un recurso de apelación que es estimado, con el resultado de la desestimación de la acción de responsabilidad civil profesional. La demandante en primera instancia presentó sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casa la sentencia de apelación, y confirma la sentencia recaída en primera instancia. (*R. P. C.*)

18. Retracto legal de crédito litigiosos. Concepto de crédito litigioso.—Como declaramos en nuestra STS núm. 151/2020, de 5 de marzo, sistematizando la jurisprudencia previa sobre este artículo 1535 CC, debemos ratificar el concepto de crédito litigioso reconocido por la jurisprudencia desde la STS de 14 de febrero de 1903, pasando por las SSTS 690/1969, de 16 de diciembre; 976/2008, de 31 de octubre; 165/2015, de 1 de abril; y, 464/2019, de 13 de septiembre, que establece como «crédito litigioso» aquél que habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible.

La posible existencia de un pleito que verse sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes a que se refiere la STS 149/1991, de 28 de febrero, necesitará para generar el derecho previsto en el artículo 1535 CC afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación (*vid.* STS núm. 463/2019, de 11 de septiembre).

Requisitos que han de concurrir para el crédito sea calificado como litigioso.—La cualidad litigiosa del crédito requiere la concurrencia de un

doble requisito: uno temporal y otro material o de contenido. En cuanto al primero, la pendencia del procedimiento debe existir ya y no haber finalizado todavía en el momento en que se celebra el negocio jurídico de la cesión del crédito. Como dice la STS 464/2019, de 13 de septiembre, el artículo 1535 CC establece el día inicial desde el que puede considerarse que un crédito es litigioso (desde que se conteste a la demanda, o haya precluido el plazo de contestación, como se deduce de nuestra STS 976/2008, de 31 de octubre), pero no el final. Este término final lo situó la STS 690/1969, de 16 de diciembre, en la firmeza de la sentencia o resolución judicial, al declarar: una vez determinada por sentencia firme, la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel momento, se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden estos su naturaleza de litigiosos, sin que a ello obste que haya de continuar litigando para hacerlos efectivos y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá ya, del sujeto pasivo; es decir, que el carácter de «crédito litigioso», se pierde tan pronto queda firme la sentencia que declaró su certeza y exigibilidad, o tan pronto cese el proceso por algún modo anormal, como es, por ejemplo la transacción.

Además, como señala la STS 149/1991, de 28 de enero, el crédito puesto en litigio no puede consistir en una relación jurídica obligacional ya agotada o consumida en el momento en que se ejercita la acción del artículo 1535 CC, y su cesión ha de tener lugar mediante una transmisión onerosa.

En cuanto al contenido u objeto de la acción judicial, debe tratarse de una acción de carácter declarativo cuya pretensión sea la declaración de la existencia y/o exigibilidad del crédito, en los términos señalados (STS 151/2020, de 5 de marzo).

Naturaleza jurídica del retracto del artículo 1535 CC.—La controversia sobre esta figura ha alcanzado también a su naturaleza jurídica, por lo que se discute si se trata de un verdadero retracto legal (art. 1521 CC), o bien una facultad atribuida *ex lege* al deudor para realizar un pago parcial de su deuda con plenos efectos liberatorios o, dicho de otro modo, una suerte de quita autorizada por la ley, esto es, un privilegio legal que permite al deudor extinguir la deuda no por el importe de lo adeudado, sino por el precio de la cesión (art. 1156 CC). Incluso calificado este derecho como retracto responde a una marcada finalidad extintiva, que se cumple porque al subrogarse en su virtud el deudor en la posición activa del crédito, este se extingue por confusión.

«La STS 976/2008, de 31 de octubre, ya señalaba esta facultad de extinguir el crédito litigioso, si bien es denominada por una parte de la doctrina como «retracto de crédito litigioso», y como retracto se le da tratamiento procesal en la práctica (*vid.* art. 266.2.º LEC), aunque propiamente no lo es porque no hay subrogación.

Analogía con los retractos legales.—Si bien, en sentido estricto, el derecho de extinción del crédito litigioso cedido que concede al deudor el artículo 1535 CC no es propiamente un derecho de retracto, porque no hay subrogación en la titularidad del crédito, sino extinción por pago, sí presenta con la figura del retracto indudables analogías y similitudes funcionales en cuanto: (i) a la limitación que suponen sobre la libre disposición del titular del derecho, (ii) la subsunción del «retrayente» en las condiciones pactadas por dicho titular o cedente con el cesionario del crédito o derecho cedido y (iii) el perentorio plazo de su ejercicio (art. 1.524 CC). Además, del régimen legal

procesal destinado a garantizar el cobro del precio por parte del cesionario, mediante el régimen de la caución que fija el artículo 266.2.º LEC.

Aplicación de la jurisprudencia sobre la caducidad del plazo de los retractos legales de colindantes, comuneros y arrendaticios al supuesto recogido en el artículo 1535 CC.—Entre estas analogías y similitudes funcionales se incluye, por tanto, la común regulación del plazo de ejercicio del derecho, que tanto el artículo 1535 CC, como el artículo 1524 CC, establecen en nueve días, permite que para la resolución del presente caso traigamos a colación la jurisprudencia civil sobre el artículo 1524 CC en relación con el régimen de caducidad de dicho plazo, y la admisibilidad o no del ejercicio del derecho en vía extrajudicial, extremos sobre los que este tribunal se ha pronunciado en el ámbito de los retractos legales de colindantes, comuneros y arrendaticio.

Doctrina jurisprudencial sobre la caducidad del plazo de ejercicio de los retractos legales.—En relación con el retracto legal regulado en los artículos 1521 y ss. CC, y en particular en cuanto al plazo de nueve días que establece el artículo 1524 CC para su ejercicio, la jurisprudencia civil ha declarado: (i) que aquel plazo tiene la naturaleza propia de la caducidad, por lo que no admite interrupción alguna, al ser obligado presentar la demanda y hacer la consignación dentro del citado plazo, aunque esos trámites no se efectúen al mismo tiempo, sin que la demanda de retracto, o la consignación, efectuada ante Juez que carece de jurisdicción para el conocimiento del proceso pueda surtir efecto y sin que, por razones de seguridad jurídica, quepan interpretaciones extensivas al respeto, al ser los retractos legales una limitación a las facultades de libre disposición del propietario (SSTS de 4 de mayo de 1956, 8 de junio de 1979, y 30 de septiembre de 1992, entre otras); (ii) si el comprador retraído consiente en el retracto ejercitado extrajudicialmente por el retrayente dentro del plazo, aquél derecho puede considerarse ejercitado y consumado, naciendo para el segundo acción para exigir el cumplimiento de lo convenido, que es distinta de la acción de retracto. Pero si, por el contrario, el retraído guarda silencio o se opone a las condiciones del retrayente, ejercitadas en vía extrajudicial, no cabe afirmar que el derecho de retracto se ha ejercitado en plazo legal, ni, en tal supuesto, la acción correspondiente del retrayente esté exenta del plazo de caducidad legalmente establecido, pues no cabe hacer una disociación entre ejercicio del derecho y la acción de retracto, a los efectos de que el plazo de caducidad legal afecte al primero pero no a la segunda, tesis que hemos rechazado expresamente (SSTS de 12 de febrero de 1981, 20 de julio de 1993, y 17 de junio de 1997).

En definitiva, el ejercicio de la acción de retracto legal está sujeto al cumplimiento de rigurosos requisitos acordes con la especial naturaleza de la institución que, supone una excepción al principio general de libertad de contratación, pues afecta al derecho inicial que ha de reconocerse a todo vendedor para elegir el comprador a quien desea transmitir la propiedad del bien o derecho de que se trate. Entre estos requisitos exigidos al retrayente figura el de carácter temporal (arts. 1524 y 1535 CC). Se exige el ejercicio de la acción dentro del perentorio plazo de caducidad establecido (nueve días), lo que no puede ser suplido por cualquier otra actividad del retrayente que, aunque pudiera parecer orientada al mantenimiento de su derecho, no suponga el efectivo ejercicio de la acción (STS 534/2006, de 29 de mayo). (STS de 10 de mayo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Una entidad mercantil adquiere un crédito hipotecario que, en el momento de la cesión, era objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria. Posteriormente, la cesionaria se persona en el procedimiento judicial y, acompañando copia de la escritura de la cesión, comunica a los deudores cedidos que queda subrogada en la posición contractual de la cedente. Se da la circunstancia de que en la escritura de cesión se especificaba que el crédito se vendía como «dudoso» y «litigioso» y que, en consecuencia, el cedente no respondía de su existencia ni legitimidad, ni de la solvencia del deudor. Por otro lado, durante la tramitación del procedimiento ejecutivo, antes de llevarse a cabo la cesión, los demandados se habían opuesto a la ejecución alegando la existencia de prejudicialidad penal y la nulidad de ciertas estipulaciones por su abusividad. Si bien es cierto que dicha oposición había sido rechazada por el tribunal, por lo que se había acordado el embargo de los bienes de los ejecutados. El importe del crédito cedido ascendía a 4.500.000 euros y el precio de la cesión fue de 2.150.000 euros.

Los deudores ejecutados tuvieron conocimiento de la cesión cuando se les dio traslado del escrito de la cesionaria personándose en el proceso. Primeramente, ejercitaron el derecho de retracto vía notarial al depositar, a tal efecto, dos cheques para cubrir lo pagado por el crédito adquirido (2.150.000 euros) y los gastos e intereses (50.000 euros). El mismo día en el que la ejecutante lo rechazó presentaron, en el mismo procedimiento de ejecución hipotecaria, escrito ejercitando nuevamente el derecho de retracto, lo que motivó que se dictara, por el juzgado que tramitaba la ejecución, una diligencia de ordenación en el que se les informaba que el derecho de retracto lo tenían que ejercitar ante el órgano judicial competente y a través del procedimiento oportuno con la correspondiente demanda.

Transcurrido ya el plazo de 9 días, desde el conocimiento de la cesión, los deudores presentaron demanda en juicio ordinario en ejercicio de la acción de retracto. El juzgado la desestimó al entender que el crédito no era litigioso, pues al tratarse de un procedimiento de ejecución, desde el momento en que deviene firme el auto en el que se resuelve sobre la oposición ya no existe discusión sobre la existencia ni la cuantía de la deuda. La audiencia desestimó el recurso de apelación, al considerar que el derecho de retracto había caducado al haberse presentado la demanda fuera del plazo de 9 días y no admitirse ni interrupción ni suspensión del plazo. El Tribunal Supremo, acogiendo la tesis de la audiencia, no dio lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

19. Responsabilidad civil derivada de circulación de vehículos a motor. Perjuicios morales de familiares. Legitimación de la propia víctima para reclamar por esa rúbrica del baremo.—Frente a la sentencia recurrida, que niega la indemnización por el concepto «perjuicios morales de familiares» al entender que el actor —la víctima de un atropello— no tiene legitimación para reclamarlos, por cuanto solo podrían hacerlo los familiares; el Tribunal Supremo declara que sí concurre tal legitimación. Así resulta de las sentencias de la misma sala de 22 de mayo de 2014 (núm. 227) y de 27

de mayo de 2015 (núm. 262). En la tabla IV del baremo, todos los factores de corrección se recogen bajo la rúbrica «Grandes inválidos», que son los auténticos perjudicados. Por este motivo, no se les puede negar legitimación para reclamar incluso los perjuicios morales de familiares, siendo esta una partida que, como todas las demás, pretende redundar en beneficio del lesionado, solución que garantiza la indemnidad del perjudicado ante variaciones en el nivel de atención de los familiares; en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su sentencia de 23 de febrero de 2004, núm. 15/2004, recurso de amparo 4068/1998. (STS de 10 de mayo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Una persona es atropellada, sufriendo graves secuelas, por lo que formula demanda frente a la compañía aseguradora solicitando unas cantidades por diferentes conceptos. La sentencia de primera instancia condenó al pago de cantidades por incapacidad temporal y secuelas funcionales y estética, perjuicios económicos, incapacidad permanente absoluta, futuros gastos en forma de renta vitalicia anual, y daños patrimoniales emergentes. La estimación de la demanda fue solo parcial. Recurrió en apelación la parte demandante, y la sentencia de segunda instancia estimó parcialmente el recurso. Sin embargo, negó legitimación al perjudicado para reclamar cantidades con base en la rúbrica del baremo «perjuicios morales de familiares». El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, pero estima parcialmente el recurso de casación, casando la sentencia recurrida en el sentido de incrementar la condena en 129.237,57 euros, precisamente por la aplicación de la rúbrica indicada. (R. P. C.)

20. Accidente de caza. Sistema de responsabilidad en el ejercicio de la caza: objetiva atenuada o cuasi-objetiva, que únicamente cesa en los supuestos de culpa o negligencia del perjudicado o de fuerza mayor.—El ejercicio de la caza se concibe legislativamente como una actividad peligrosa que lleva inherente un riesgo, lo que obliga a todo practicante a indemnizar los daños que cause con ocasión de tal ejercicio, con la única excepción de los dos supuestos expresamente indicados [véanse art. 33.5 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza; art. 35.6.a) del Reglamento de «Ejecución de la Ley de Caza»; art. 69 de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de «Caza de Extremadura»; y art. 2.3 del Reglamento del «Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador» (Real Decreto 63/1994, de 21 de enero)].

Concurrencia de culpas y culpa exclusiva de la víctima.—En ese marco de responsabilidad, la jurisprudencia civil ha admitido expresamente la posibilidad de concurrencia de culpas en los accidentes de caza (STS 1105/1994, de 29 de noviembre). En aquellos casos de culpa de la víctima cabe distinguir cuando el daño es completamente atribuible a la conducta de quien lo sufre (culpa exclusiva de la víctima, STS 83/2010, de 22 de febrero) y cuando esa conducta contribuye junto con otra u otras a la producción del siniestro (culpa concurrente de la víctima, STS 842/2009, de 5 de enero).

Culpa concurrente de la víctima y repercusión reductora en la indemnización.—A falta de previsión normativa específica, la jurisprudencia civil considera que el artículo 1103 CC resulta aplicable para moderar la responsabilidad por negligencia, tanto contractual como extracontractual; aun-

que tampoco hay inconveniente en considerar que la concurrencia de culpas encuentra apoyo en el artículo 1902 CC, en tanto que afecta al principio resarcitorio consagrado en dicho precepto (STS 334/2007, de 21 de marzo).

Consecuencias y presupuestos de la culpa exclusiva de la víctima en los sistemas de responsabilidad cuasi-objetiva, en los daños personales en la circulación de vehículos de motor o en el ejercicio de la caza.—En todos estos supuestos, la culpa exclusiva de la víctima solamente produce la exoneración completa de la obligación de indemnizar cuando «el único fundamento del resultado, rompiendo el nexo causal, haya sido el comportamiento culposo de la víctima» (STS 253/1982, de 27 de mayo).

Concurrencia de culpas cuando la víctima sea menor de edad.—En tales casos, no puede descartarse su contribución a la producción del daño, siempre que resulte probada su conducta negligente y conste que conocía las circunstancias del riesgo (SSTS 650/2005, de 6 de septiembre, y 49/2010, de 23 de febrero). La menor edad de la víctima no puede enervar la eventual apreciación de su conducta, si no como culposa, sí como contributiva al curso causal del siniestro del que resulta perjudicada (STS110/2008, de 6 de febrero).

Culpa exclusiva o concurrente de la víctima e imputación objetiva.—En la actualidad la jurisprudencia civil acude a la teoría de la imputación objetiva; que en todo caso sirve para excluir la responsabilidad, y que tiene como pautas o reglas: A) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. B) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima; no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. C) La provocación: Quien provocó la situación. Sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. D) El fin de protección de la norma. E) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igual, aunque se adoptase otra conducta. F) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). G) Y, en todo caso, y como cláusula cierre, la probabilidad; lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan al caso fortuito (SSTS de 25 de noviembre de 2010, 20 de mayo de 2011 y 124/2017, de 24 de febrero, entre otras).

En definitiva, el agente solo es responsable de los eventos dañosos que le sean objetivamente imputables, de modo que, si el daño se ocasiona por culpa exclusiva de la víctima y le es objetivamente imputable únicamente a ella, ha de asumir todas las consecuencias, que no pueden atribuirse a un tercero por más que el comportamiento de éste pudiera ser causante del daño desde un punto de vista puramente físico. Mientras que, si el evento dañoso es objetivamente imputable a ambas conductas, el agente material solo tiene que reparar en la medida en que el evento pueda atribuírsele. (STS de 6 de mayo de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 14 de diciembre de 2014, Demetrio, de 15 años, participaba como acompañante en una actividad cinegética en la provincia de Badajoz.

La actividad consistía en la caza en línea por una partida de cuatro cazadores, en un terreno irregular en el que abundaban los olivos. Uno de los cazadores era Ildefonso, a quien acompañaban el indicado menor y otra persona también menor de edad. Sobre las 9.10 horas, ambos menores se alejaron hacia atrás de la línea de caza unos diez o doce metros, momento en el cual Ildefonso se

volvió y disparó contra una perdiz y el rebote de un perdigón impactó en la cara de Demetrio, a la altura del ojo derecho. Ildefonso tenía concertada en esa fecha una póliza de seguro de responsabilidad civil del cazador con la compañía Plus Ultra S. A.

Como consecuencia del perdigonazo, el menor sufrió lesiones de las que tardó en curar 268 días, de los cuales 37 fueron de impedimento para su actividad habitual y 8 de hospitalización. Asimismo, le quedó como secuela una pérdida permanente de agudeza visual de lejos en el ojo derecho de 1/10; así como una cicatriz en la cara por las intervenciones quirúrgicas practicadas.

La madre del menor perjudicado y en su representación, presentó una demanda contra Ildefonso y Plus Ultra S. A., en la que les solicitaba una indemnización, con carácter solidario, 94.536,43 €, más sus intereses legales.

Quedó probado: 1) que el joven, que ya tenía cierta experiencia en cacerías, se rezagó de la línea de caza, dificultando así que el cazador que realizó el disparo pudiera verlo y quebrando el principio de confianza de éste en que todos los partícipes avanzaban a la par (en línea); 2) que el cazador hizo un disparo a su espalda, lo que ya de por sí es más arriesgado que realizarlo de frente y, sobre todo, no se cercioró debidamente de que no había nadie en la trayectoria de tiro. Además, el menor acompañaba precisamente al cazador que realizó el disparo, por lo que éste estaba más obligado, si cabe, a cuidar de que la jornada de caza se desarrollara sin peligro para él, y que el menor se quedara rezagado no puede ser calificado como una conducta insospechada y repentina para el agente.

El juzgado estimó en parte la demanda, al considerar que el accidente se produjo por culpa del demandado. La audiencia entendió que el accidente tuvo lugar por culpa exclusiva del menor y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo dio lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la actora al condenar a los demandados a indemnizar solidariamente al perjudicado con 47.711,21 €, más sus intereses legales, que para la aseguradora serán los del artículo 20 LCS, desde el 14 de diciembre de 2014, que se calcularán, durante los dos primeros años, al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20%. El Alto Tribunal apreció que en la concurrencia de contribuciones causales, ha de entenderse más grave la del cazador, puesto que al ser este responsable del uso de un arma de fuego, debe extremar el cuidado antes de disparar y no hacerlo si no está seguro de que en la trayectoria del disparo no hay nadie que pueda resultar alcanzado. Por lo que cabe considerar que el perjudicado contribuyó causalmente en un 20% a la producción del daño, mientras que el cazador lo hizo en un 80%.

NOTA.—Para que el supuesto de hecho de esta sentencia pueda incardinarse en la figura de la concurrencia de culpas, es necesario: 1.º) que ambas conductas, la del causante del daño y la del dañado, sean negligentes; y 2.º) que las dos contribuyan a la causación del daño.

En estos casos lo que sucede es que las conductas negligentes de ambos sujetos se suman, coadyuban a la causación del daño, por ello lo verdaderamente relevante no es la concurrencia de culpas, sino que exista una concausación del daño.

Es decir, lo que aquí sucede es que el daño que sufrió la víctima no deriva causalmente sólo de la culpa o negligencia del agente, sino que también contribuyó a su causación el propio dañado. Y en la medida que causalmente lo hiciera, con fundamento en la facultad moderadora de los tribunales que contempla el artículo 1103 CC [aunque tampoco hay inconveniente en considerar que la concurrencia de culpas encuentra apoyo en el artículo 1902 CC, en tanto que afecta al principio resarcitorio consagrado en dicho precepto (STS 334/2007, de 21 de marzo), como señala la sentencia anotada], ello habrá de ser tenido en cuenta a la hora de imputar consecuencias al responsable, salvo en los casos en que una de las dos conductas negligentes sea de tal gravedad, que en realidad acabe absorbiendo a la otra, en cuyo caso, no dará lugar a efecto alguno sobre imputación final al responsable (Véase Llamas Pombo, E., *Manual de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Daños*, Madrid 2021, p. 80). (I. D.-L.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. Derecho registral. Anotación preventiva de embargo. Certificación de cargas emitida antes de la caducidad de la anotación preventiva y que se hace constar mediante nota marginal. Valor especial de la certificación. Doctrina jurisprudencial.—De acuerdo con la doctrina sentada en la STS 427/2017, de 7 de julio (que invoca la contenida en las SSTS 282/2007, de 12 de marzo, y 88/2015, de 23 de febrero), la expedición de la certificación de cargas da lugar a la extensión de nota marginal en la hoja registral a efectos de publicidad; y la existencia de la ejecución es comunicada a los titulares de derechos que figuren en asientos posteriores al del derecho del ejecutante (art. 659.1 LEC). En consecuencia, el contenido de tal certificación tiene un valor esencial en el desarrollo del procedimiento de apremio y la situación registral que proclama fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble de que se trate, de forma que cualquier alteración posterior (como puede ser la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante) no modifica dicha situación.

Finalidad de la certificación de cargas y protección de los intereses de los adquirentes en vía de apremio. Falta de caducidad de la anotación preventiva de embargo.—La certificación de cargas permite conocer las cargas y derechos anteriores al embargo por el que se sigue la ejecución, así como las condiciones en que se puede adquirir en dicha ejecución (cargas que no desaparecerán con la adquisición). Si en el ínterin caduca la anotación de embargo y se cancela este asiento y la nota marginal de la certificación de cargas, con el efecto legal de que se pierda la prioridad registral que legitimaría al adjudicatario del bien en la ejecución a obtener la cancelación de las cargas y derechos inscritos o anotados con posterioridad, también se genera una inseguridad jurídica sobre las adquisiciones en ejecuciones judiciales y en general en vías de apremio. Para paliarlo, la reforma de los artículos 656.2 LEC y 667.2 LEC (Ley 19/2015, de 13 de julio, y Ley 42/2015, de 5 de octubre) ha matizado este efecto con la introducción de un sistema de información continuada del registro a través del portal de subastas «hasta el término de la subasta». Ello determina que la certificación de cargas, con la consiguiente nota marginal, debe tener una repercusión en la información regis-

tral, en cuanto que impida la caducidad de la anotación preventiva y la cancelación del asiento, aunque sea durante el tiempo razonable para asegurar la eficacia de la información suministrada por la certificación de cargas en aquella ejecución judicial. Sólo así se evita la falta de seguridad jurídica preventiva, en la medida en que el registro seguiría informando de la existencia de la anotación preventiva de embargo y de la nota marginal correspondiente a la certificación de cargas.

Imposibilidad de prórroga indefinida de la anotación preventiva de embargo. La certificación de cargas genera una prórroga implícita de la anotación. Matización de la doctrina jurisprudencial.—Obviamente, la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal no pueden provocar una prórroga indefinida, pues la ratio de la reforma introducida por la LEC 2000 fue evitar que las anotaciones preventivas puedan convertirse en perpetuas mediante su prórroga. De ahí que convenga declarar que la solicitud de certificación de cargas opera como una petición implícita de prórroga de cuatro años, a contar desde el momento de la emisión de la certificación y la extensión de la preceptiva nota marginal. Con ello se respeta la finalidad perseguida por la Ley al prever en todo caso la necesidad de la prórroga de las anotaciones preventivas y se asegura un plazo razonable dentro del procedimiento de ejecución en el que se acordó el embargo para hacer efectiva la realización del bien y que el decreto de adjudicación pueda inscribirse en el registro con el efecto de cancelación de las cargas y derechos posteriores a la anotación de embargo. Esto supone una matización de la doctrina sentada en la STS 427/2017, pues la certificación de cargas, más que «causar estado» definitivo, constituye una prórroga temporal de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución. (STS de 4 de mayo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La actora solicitó y obtuvo la anotación preventiva de un embargo judicial en noviembre de 2009. En el curso de la ejecución se solicitó la certificación de cargas, de la que se practicó la correspondiente nota marginal. Con posterioridad, el decreto de adjudicación a favor del instante de la ejecución acordó la cancelación de la anotación preventiva de embargo y de cualquier anotación o inscripción posterior (diciembre de 2012). El testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas fueron presentados al Registro en agosto de 2014. La Registradora denegó la inscripción de la adjudicación y la cancelación de cargas porque entendió que la anotación de embargo había caducado, pues cuando se presentó al Registro el decreto de adjudicación, en agosto de 2014, ya se había cumplido el plazo cuatrienal y la Registradora había cancelado la anotación y, con ella, la nota marginal de la certificación de cargas. La adjudicataria impugnó la calificación de la Registradora, por entender que resultaba procedente la cancelación de cargas posteriores a la anotación preventiva de embargo que fue objeto de ejecución. La razón en que basaba su oposición estriba en que la certificación de cargas y el propio decreto de adjudicación son anteriores a que se cumpliera el plazo de cuatro años de caducidad de la anotación de embargo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y confirmó la calificación de la Regis-

tradadora. La Audiencia Provincial de Madrid, por el contrario, estimó el recurso de apelación y, con ello, dejó sin efecto la calificación negativa de la Registradora de la Propiedad, y ordenó la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la anotación preventiva de embargo instada en 2009 por la ejecutante. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

22. Propiedad horizontal. Gastos derivados de la bajada a cota cero del ascensor.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que los bajos o locales de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal han de abonar los gastos derivados de la bajada a cota cero del ascensor, ya que se trata de una obra nueva y no una obra de mantenimiento o conservación del ascensor [art. 9.1 e) en relación con los arts. 5 y 10.1 LPH]. (**STS de 10 de mayo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—A interpuso demanda contra la comunidad de propietarios C, por la que impugnaba el acuerdo adoptado en la junta general ordinaria de 26 de mayo de 2016. El acuerdo aprobaba la participación de todos los propietarios en la realización de las obras de albañilería del zaguán y cambio de ascensor con un coste. A juicio de A, propietario del bajo izquierdo, dicho acuerdo resultaba contrario a la ley y estatutos de la comunidad y, además, causaba un grave perjuicio para la propiedad del bajo izquierdo que no tendría obligación de soportar.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, mientras que la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por los demandantes contra la sentencia, con el argumento de que las obras de adaptación o sustitución de los ascensores no resultan comparables a la instalación del ascensor por primera vez. Ante ello, la comunidad de propietarios C recurrió en casación al Tribunal Supremo, que casó la sentencia y confirmó la de primera instancia. (*A. I. R. A.*)

DERECHO DE FAMILIA

23. Vivienda familiar. Concepto.—La Sala Primera reitera que, de acuerdo con la doctrina del propio tribunal (SSTS 42/2017, de 23 de enero y 517/2017, de 22 de septiembre), la «vivienda familiar» a la que se hace referencia en el artículo 96 CC es aquella que ha sido habitada por los progenitores y por el hijo (o hijos) hasta la ruptura del matrimonio. Considera que el hecho de que uno de los progenitores y el hijo común hayan habitado una determinada vivienda por un largo periodo de tiempo no convierte a la misma en una «vivienda familiar» *stricto sensu*.

La doctrina de los actos propios. Requisitos.—La Sentencia recuerda que, para la aplicación de esta doctrina, deben darse cumulativamente dos requisitos: 1) «Que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una situación jurídica afectante a su autor»; 2) Que exista una contradicción, de acuerdo con el principio de buena fe, entre el acto en cuestión y una conducta previa.

En esta línea, el Tribunal determina que la recurrente cedió en precario la vivienda sin compromiso de permanencia, por lo que la solicitud de que la misma no sea atribuida a su excónyuge no supone una contradicción con su actuación anterior. (STS de 24 de mayo de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Adolfina interpuso demanda de divorcio contra Aníbal interesando, entre otras cuestiones, el desalojo en el plazo máximo de un año de la vivienda que esta lleva cediéndole en precario desde el año 2014. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, estableciendo que la vivienda en la que residía Aníbal con su hijo Basilio debía ser considerada vivienda familiar hasta que el menor alcanzara la edad de 12 años. Contra esta resolución Adolfina interpuso recurso de apelación, que fue desestimado. Finalmente, Adolfina recurre en casación. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. (M. S. G.)

24. Derecho de reembolso a favor de un cónyuge por el importe del dinero privativo que, ingresado en una cuenta conjunta, se confunde con dinero ganancial y que es utilizado para financiar la construcción de una vivienda ganancial.—El derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial siempre procede, por aplicación del artículo 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición.

La atribución del carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y debe reembolsarse el valor satisfecho a costa del caudal propio mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.ª CC).

De la misma manera, en el caso de que se emplee dinero privativo para pagar la deuda contraída al adquirir el bien ganancial, se integra en el pasivo de la sociedad el crédito por el importe actualizado de las cantidades pagadas por uno solo de los cónyuges (art. 1398.3.ª CC).

El mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta no permite presumir que se le ha atribuido carácter ganancial, ya que sería precisa la expresión de una voluntad clara en tal sentido, de modo que en la liquidación hay que estar al origen de los fondos.

Salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad. (STS de 31 de mayo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Marco interpone demanda de divorcio y solicita la formación de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales frente a Inmaculada. La demanda es estimada.

Marco recurre en apelación. Inmaculada impugna también la sentencia. Tanto recurso como impugnación son desestimados.

Marco interpone recurso de casación, pues entiende que corresponde fijar como pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a

su favor correspondiente a la herencia que recibió de su madre. Ese dinero fue ingresado en una cuenta conjunta y utilizado para comprar una vivienda ganancial, sin hacerse mención en la escritura de compra de tal extremo, en orden a un hipotético reembolso futuro. El recurso es estimado, dado que la atribución del carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial el dinero empleado para su adquisición, ni tampoco el mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta permite presumir que se le ha atribuido carácter ganancial. (T. R. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

25. Interpretación de testamento y de disposiciones que permiten determinar los beneficiarios de fórmulas de previsión voluntaria tras el fallecimiento de la persona que las suscribió.—Recibir la legítima de manera expresa a título de legado es coherente con la posibilidad de recibir la legítima por cualquier título (art. 815 CC), pues no es necesario que el testador deba instituir a sus legitimarios como herederos. También es ajustado a Derecho que el legado no sea de cosa cierta.

Las prerrogativas procesales (legitimación para pedir la partición, solicitar la intervención judicial, etc.), la necesidad de su intervención en la partición hereditaria o la posibilidad de anotar preventivamente su derecho se dirigen a proteger los derechos del legatario de parte alícuota a recibir su cuota del remanente activo, pero no significan que pueda ser considerado heredero contra la voluntad expresada por el testador.

Por su parte, el legislador ha dejado al margen de la sucesión hereditaria las prestaciones que tienen derecho a percibir los beneficiarios en caso de fallecimiento de los socios de un plan de previsión o de los partícipes de planes de pensiones. El derecho a las prestaciones correspondientes que se generen en cada plan a favor de los socios o partícipes no se adquiere por vía de transmisión hereditaria; por ello, aun en los casos en que coincida la persona del beneficiario y del heredero, el derecho a la prestación está sometido a sus propias reglas y no al régimen jurídico de la sucesión.

La designación de beneficiarios por el socio o partícipe de un plan de previsión puede hacerse al suscribir el contrato o, posteriormente, designando o modificando en cualquier momento los beneficiarios previamente designados. Aunque el derecho a las prestaciones de los planes en caso de fallecimiento del socio no forma parte de su herencia, el testamento puede ser instrumento que contenga la designación o la modificación de una anterior designación de beneficiarios de un plan de previsión o de figuras semejantes.

En su caso, a falta de designación expresa por el adherente sobre quienes son los beneficiarios de las prestaciones que se generan de un plan de previsión social voluntario, procede la aplicación subsidiaria de lo previsto en el boletín de adhesión de cada plan (reglamento). Por tanto, la prestación deberá ser entregada al beneficiario en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores del tomador del seguro.

De tal modo, para conocer a quién corresponden las prestaciones que se derivan de un plan de previsión tras el fallecimiento de quien lo suscribe, se ha de proceder con el siguiente orden de prelación:

- (i) se ha de atender a lo designado específicamente por el socio, bien en el propio documento en el que suscribe el plan, o bien en su testamento;
- (ii) subsidiariamente, a lo indicado en el reglamento de cada plan.

En caso de ser requerido acudir al reglamento de cada plan (bien porque no hay designación específica en el contrato de suscripción, bien porque no hay determinación expresa en el testamento sobre quién es el beneficiario de tal plan), la determinación del beneficiario puede estar realizada de diversas formas: entre otras, «los herederos», «por este orden, cónyuge, hijos o herederos». En estos casos, para conocer quién es el beneficio habrá de interpretarse el reglamento de forma conjunta al testamento, o –de forma subsidiaria– conforme a las reglas de la sucesión intestada. (STS de 10 de mayo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–Camino interpone demanda de juicio ordinario contra Banco Santander y Coral. Solicita ser declarada como única beneficiaria de las participaciones de las Entidades de Previsión Social Voluntaria que suscribió su padre, por ser la única de las hermanas que fue instituida heredera testamentaria. Coral también es hija de Luis, y es designada en testamento legataria de parte alícuota. La demanda es íntegramente desestimada.

Camino interpone recurso de apelación. El recurso es parcialmente estimado, respecto de las costas de primera instancia, quedando confirmada el resto de la sentencia.

Camino interpone recurso de casación, que es parcialmente estimado. Los reglamentos de los planes de previsión de que era socio Luis cuando falleció reconocían expresamente como beneficiarias a las personas que se designaran expresamente. Por tanto, solo señalaban a quién correspondería percibir las prestaciones para el caso de que no existiera tal designación específica por el socio.

No consta que Luis designara de manera específica beneficiarios, y en su testamento no se contiene mención alguna a este respecto. De tal modo, ha de atenderse a los reglamentos de los planes para conocer quién es el beneficiario de los mismos, y deben ser interpretados de forma conjunta con el testamento.

El reglamento de uno de los planes, en ausencia de designación específica, designaba como beneficiarios en caso de muerte a «los herederos del socio». Es aquí donde tiene razón Camino, pues ella es la única instituida como heredera. (T. R. C.)

DERECHO MERCANTIL

26. Contratos bancarios. Adquisición de acciones de una entidad financiera en el mercado secundario. Acción de responsabilidad por el contenido del folleto de la emisión del artículo 28 LMV.–La Sala Primera del Tribunal Supremo estima que los daños padecidos por la depreciación de

las acciones adquiridas en el mercado secundario trae causa de las falsedades y omisiones relevantes del folleto de la emisión, incluso cuando las acciones adquiridas ya se habían depreciado en más de un cincuenta por ciento. **(STS de 1 de junio de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Un inversor minorista adquirió 4.000 acciones de Bankia en la OPS a un precio de 3,75 euros por acción (15.000 euros), el 30 de junio de 2011. El 23 de mayo de 2012 realizó siete operaciones de compra de acciones de Bankia en el mercado secundario, en las que adquirió 54.675 acciones a 1,695 euros la acción (92.690,82 euros). El 25 de mayo de 2012 Bankia presentó la reformulación de sus cuentas dándose a conocer las graves deficiencias de la información contenida en el folleto de la OPS. En inversor vendió todas sus acciones el 30 de mayo de 2012, por un precio total de 62.470,43 euros (1,064 euros la acción, pérdida total de 45.220,39 euros).

En estas circunstancias, el inversor ejerció una acción de responsabilidad civil por el contenido del folleto (art. 28 LMV) contra Bankia. El Tribunal Supremo estimó, en primer lugar, la legitimación activa para ejercitar esta acción por parte de inversores que adquirieran sus acciones en el mercado secundario durante los doce meses siguientes a la aprobación de este pues, ni el precitado artículo ni el artículo 36 del Reglamento del folleto exigen requisitos adicionales como que la adquisición se hubiera producido en el mercado primario.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo declaró que los daños padecidos eran causa de la contención de información falsa en el folleto, porque la pérdida de valor de la acción se deriva del conocimiento público de que la información contenida en el folleto era falsa o contenía omisiones relevantes. «Del mismo modo que la información falsa o incompleta se reflejó en el precio de los valores, el conocimiento posterior de la falsedad o de la falta de completitud de la información también se reflejó en el precio de los valores en el momento en que se hace pública, que descendió en proporción a la gravedad de los defectos de la información. Porque si la información del folleto hubiera sido correcta, los valores no hubieran resultado interesantes para los inversores, o lo hubieran sido por un precio inferior».

A mayor abundamiento, el Alto Tribunal consideró que el hecho de que, antes de que se produjera la segunda adquisición, se hubieran producido algunos hechos que hicieran descender el precio del valor —rumores sobre la veracidad de los datos del folleto— (y que de hecho el inversor ya hubiera comprado las acciones significativamente depreciadas, a mitad del valor inicial) no rompe el nexo de causalidad entre la información defectuosa contenida en el folleto y la pérdida de valor producida cuando se conoció el alcance de esos defectos. Por el contrario, «lo único que provoca el conocimiento de esas dificultades de Bankia antes de que la parte demandante comprara la mayor parte de sus acciones, es que el daño y, por tanto, la indemnización, será menor». Descarta, por tanto, el Tribunal Supremo que la adquisición se efectuara sobre la base del

valor de cotización asumiendo ya la falsedad del folleto, con finalidad especulativa en la esperanza de una revalorización, habida cuenta que en esta segunda adquisición la acción ya tenía valor de cotización que reflejaba la situación financiera de Bankia y que, por ende, la entidad informativa del folleto ya se había reducido (valoración de la acción mientras no existe precio de cotización) y contradicho por el precio de cotización. (A. A. O.)

27. Extinción de las garantías de cualquier clase constituidas a favor de acreedores especialmente relacionados con el deudor concursal: no afecta a las garantías personales.—La Sala Primera declara que el artículo 97.2 LC —en su versión anterior a la reforma de 2020— tiene como fundamento privar al acreedor concursal persona especialmente relacionada con el deudor concursado de cualquier garantía que le permitiera cobrar en el concurso con alguna preferencia, que hiciera total o parcialmente ineficaz la subordinación. Esto explica que las garantías que el juez del concurso ha de declarar extinguidas sean fundamentalmente las garantías reales constituidas sobre bienes incluidos en la masa activa. Sin embargo, la extinción no afecta a otras garantías que hubiera recabado el acreedor, cuya realización no afecte negativamente al concurso, como pueden ser las garantías reales y personales constituidas por terceros. Esta interpretación ha sido reforzada por el actual artículo 302.1 del TRLC 2020.

Liberación de los fiadores por hecho del acreedor que les impida quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios de este (art. 1852 CC).—Para la Sala Primera, la circunstancia prevista en el artículo 97.2 LC conlleva un cambio significativo en la situación jurídica de los fiadores, que pierden el derecho a subrogarse en la hipoteca, al extinguirse esta. Sin embargo, dado que el hecho que provoca la subordinación del crédito existe al momento del afianzamiento, no hay propiamente un acto posterior del banco acreedor que, contrariando la exigencia de la buena fe, haya provocado el perjuicio para los fiadores de impedirles la subrogación en la hipoteca. Por tanto, no hay infracción del artículo 1852 CC.

Accesoriedad de la fianza y concurso del deudor.—La declaración de concurso impide que un acreedor pueda reclamar el pago de su crédito fuera del concurso, pero no que, siendo créditos vencidos y exigibles, pueda dirigirse contra los fiadores para reclamarles la obligación garantizada por cada uno de ellos. La reclamación frente a los fiadores no contraría la regla legal de la accesoriedad de la fianza respecto de la obligación principal garantizada, que sigue existiendo (art. 1824 CC).

Subsidiariedad de la fianza y concurso del deudor.—Siendo el crédito vencido y exigible antes de la declaración del concurso, y habiéndose reconocido este en el concurso de acreedores de la sociedad deudora principal, se cumple cumplen las exigencias derivadas de la subsidiariedad de la fianza (art. 1822 CC). Por tanto, el acreedor puede dirigirse contra los fiadores. (STS de 26 de mayo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Banco Sabadell concedió a la sociedad TGN dos préstamos hipotecarios. El primero, instrumentalizado el 9 de octubre de 2007 por importe de 2.223.000 euros, incluía también un afianzamiento mancomunado de una serie de sociedades. Este prés-

tamo hipotecario fue novado por escritura de 30 de noviembre de 2009, que acordó prorrogar el vencimiento del plazo del préstamo desde el 9 de octubre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2012, y que la devolución se realizara en un único pago en esa fecha. El segundo préstamo se había concedido el 31 de enero de 2005 por importe de 1.877.500 euros y fue novado el 6 de febrero de 2008, conviniéndose una ampliación del plazo de devolución hasta el 31 de enero de 2011 y su amortización en un solo pago a esa fecha. En esta segunda novación se incluía un afianzamiento mancomunado por una serie sociedades. El 30 de noviembre de 2009, el segundo préstamo hipotecario se volvió a novar, mediante escritura pública, prorrogándose el plazo de devolución del préstamo hasta el 30 de noviembre de 2012 y que la devolución se realizara en un único pago en esa fecha.

El 5 de noviembre de 2013, TGN fue declarada en concurso de acreedores. Ante el impago, Banco Sabadell liquidó los créditos adeudados. Sin embargo, en el procedimiento concursal, el juzgado entendió que Banco Sabadell tenía la condición de persona especialmente relacionada con el deudor, porque una filial del banco era socia de la concursada, con una participación importante. Este hecho motivó que el juzgado declarase ambos créditos como subordinados y, en consecuencia, que en aplicación del artículo 97.2 LC, se declarasen extinguidas las garantías constituidas a favor de los créditos de que era titular Banco Sabadell.

La anterior situación condujo a Banco Sabadell a reclamar de algunas de las fiadoras mancomunadas el importe de los créditos que cada una de ellas afianzaba; e interpuso a tal efecto una demanda.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a las fiadoras al pago; lo que fue confirmado por la Audiencia Provincial en apelación, ambas sobre la base de una interpretación del artículo 97.2 LC, según la cual las garantías personales prestadas por terceros no se ven afectadas por esta norma, que solo prevé el levantamiento de las garantías hipotecarias. (A. I. R. A.)

28. Compensación de los créditos y deudas del concursado.—El artículo 58 LC, como un efecto consiguiente a la declaración de concurso, prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que se hubieran cumplido los requisitos de la compensación pretendida con anterioridad a la declaración de concurso, aunque la resolución judicial o acto administrativo que lo declare se haya dictado con posterioridad. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal. La controversia a la que se refiere el precepto es la relativa a la procedencia de la compensación, una vez declarado el concurso, porque se cumplían todos los requisitos antes de la declaración. No hay duda de que, al prescribir la norma el cauce procesal del incidente concursal, del que sólo puede conocer el juez del concurso, la pretensión de compensación que se haga valer a través de una acción debía solicitarse ante el juez del concurso y por el incidente concursal. Lo que no está tan claro es que esta previsión legal prive a un acreedor de la concursada de poder oponer la excepción de compensación prevista en el artículo 408 LEC frente a una demanda de reclamación de un crédito interpuesta contra él por la concursada. El artícu-

lo 408.1 LEC, aunque conceda a la excepción de compensación un trámite singular, en cierto modo similar a la reconvencción en cuanto que permite al demandante oponerse a la compensación, no contiene una norma equivalente a la prevista en el artículo 406.2 LEC para la reconvencción. El artículo 406.2 LEC impide la reconvencción cuando «el juzgado carezca de competencia objetiva...». De forma que, en un caso como el presente, la demandada no podía formular una reconvencción para reclamar el crédito que tenía frente a la concursada, pues para eso era competente el juzgado mercantil que conocía del concurso, pero no existía ningún impedimento para que, a los meros efectos de la compensación, pudiera oponer su crédito frente a la concursada, y para esto sí era competente el juez de primera instancia que conocía de la demanda inicial planteada por la concursada. Además, el artículo 58 LC no se aplica a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes. Pero en el caso enjuiciado las deudas y créditos que la concursada tenía con la demandada provienen de relaciones contractuales distintas, por lo que el tribunal de instancia puede entrar a analizar si se cumplían los requisitos de la compensación antes de la declaración de concurso. Al cumplirse los requisitos legales, resulta procedente estimar la excepción de compensación formulada por la demandada. **(STS de 13 de mayo de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Biocarburantes fue declarada en concurso de acreedores. En el inventario de la concursada aparece un crédito frente a Beta de 245.698,97 euros, por suministros prestados antes ser declarada en concurso. En la lista de acreedores ha sido reconocido un crédito ordinario a favor de Beta de 2.420.053,39 euros. La administración concursal de Biocarburantes interpuso una demanda contra Beta para reclamarle el crédito de 245.698,97 euros. Al contestar a la demanda, la demandada no negó la deuda, pero opuso la compensación de un crédito que tenía frente a la demandante de cuantía superior al reclamado (2.420.053,39 euros). La sentencia de primera instancia no atendió a la compensación opuesta y estimó la demanda. Dicha sentencia fue recurrida en apelación por la demandada, desestimando la Audiencia el recurso. Contra la sentencia de la Audiencia la demandada interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso. (*J. M.^a M. F.*)

29. Transporte terrestre. Acción directa. Concurso de acreedores.—El Tribunal Supremo establece, reiterando su doctrina de tres sentencias de 29 de diciembre de 2020 (núms. 695, 699 y 701), que la declaración de concurso del intermediario o porteador intermedio no impide el ejercicio de la acción directa del porteador efectivo frente al cargador principal. Y ello, con independencia de si el cargador ya ha abonado el precio del transporte al porteador intermedio (concurrido) o no, sin perjuicio de la incidencia que tenga sobre el concurso el crédito de regreso ostentando por el cargador frente al intermediario. Ciertamente, de acuerdo con el artículo 50.3 de la hoy

derogada Ley concursal del año 2003, «los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite 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 Código Civil...». Además, el artículo 51bis.2 indica que, una vez declarado el concurso y hasta el momento de su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción directa que reconoce el artículo 1597 CC. Ahora bien, la disposición adicional sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio dispone lo siguiente: «En los supuestos de intermediación en la contratación de transportes terrestres, el transportista que efectivamente haya realizado el transporte tendrá acción directa por la parte impagada, contra el cargador principal y todos los que, en su caso, le hayan precedido en la cadena de subcontratación, en caso de impago del precio del transporte por quien lo hubiese contratado...».

Con este contexto normativo, el Tribunal Supremo se pronuncia en el sentido arriba indicado con varios argumentos. La acción directa del artículo 1597 CC no tiene las mismas naturaleza y finalidad que la propia del transporte terrestre. La primera se relaciona con el entramado de obligaciones que surgen del contrato de obra, en cuanto que, mediante el ejercicio de la acción, 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 el segundo resulta directamente obligado a ello (no por el contrato, sino por la ley), incluso aunque este segundo haya extinguido su deuda con el porteador intermedio. También es de notar la ausencia de retención en el caso del transporte. Asimismo, la disposición adicional sexta de la Ley 9/2013 no contiene ninguna previsión que excepcione su aplicación en caso de concurso del porteador intermedio, pese a ser promulgada en un momento en el que ya estaban en vigor los preceptos relevantes de la ley concursal. Finalmente, también hay que decir que las disposiciones concursales se refieren no a cualquier acción directa, sino específica y nominativamente a la del artículo 1597 CC, cosa que no ha cambiado en el TRLC aprobado en 2020. (**STS de 18 de mayo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Una empresa contrata los servicios de transporte de otra, que a su vez subcontrata la ejecución del mismo. La primera paga a la segunda, pero esta no paga al porteador efectivo, y, entre tanto, es declarado el concurso de la porteadora intermediaria subcontratista. El porteador efectivo ejercita una acción directa frente a la primera, de acuerdo con la disposición adicional sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, de modificación de la Ley 16/1987, de ordenación del transporte terrestre (LOTT).

La sentencia de primera instancia estimó sustancialmente la demanda, considerando que el pago hecho por la primera empresa a la segunda no la libera de su obligación (legal) frente al transportista efectivo. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la condenada, que interpone un recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la sentencia de apelación. (*R. P. C.*)