

# 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), Carlos CASTELLS SOMOZA (investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN (investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (profesor titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), José María MARTÍN FABA (profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ (doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTANA NAVARRO (profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), María ZABALLOS ZURILLA (profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid).**

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. Prescripción de acciones. *Dies a quo*: fin del proceso penal en el que se fija el montante real del daño.**— No cabe concebir iniciado el plazo de prescripción de la acción para reclamar civilmente la indemnización por daños

derivada de un incendio, a la compañía aseguradora, por la parte no abonada por el responsable como consecuencia de su insolvencia, mientras no concluya el proceso penal en que se esté dirimiendo el importe real del daño y del que participa la propia compañía aseguradora. (STS de 15 de febrero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS. En 2009 un malhechor ocasionó un incendio en una vivienda. Los perjudicados reclamaron la cobertura de incendios a su compañía aseguradora, que les indemnizó por 44 671,50€ en 2010. Paralelamente, se estaba sustanciando el procedimiento penal contra el responsable, en el que se personaron, tanto los perjudicados, como la compañía aseguradora a los efectos de la acción subrogatoria (art. 43 LCS). En este proceso, se fijó el importe de los daños en 70 382,11€, por lo que los perjudicados debían recibir 25 710,61€ más. En enero de 2015 se dictó la sentencia penal por la que se condenaba al pago de este importe al causante. Sin embargo, en abril del mismo año se declaró su insolvencia. Así las cosas, en mayo de 2015, los perjudicados interpusieron demanda civil frente a la aseguradora interesando el pago de los 25 710,61€ restantes. Frente a ello, la aseguradora alegó que la acción había prescrito puesto que, desde 2010, no recibió reclamación alguna de los demandantes que interrumpiera el plazo de prescripción de dos años del artículo 23 LCS. En primera instancia se estimó la acción, pero en segunda se declaró prescrita la acción por concebir que el *dies a quo* quedó fijado en la fecha de pago, momento en el que ya debían conocer su insatisfacción.

Por el contrario, el Tribunal Supremo comprendió que la demandada conocía perfectamente la insatisfacción de los demandantes con la cuantía indemnizada ya que estaba también personada en el proceso penal y que, a mayor abundamiento, no fue hasta la conclusión de dicho proceso que se fijó la cuantía exacta del daño. Además, el Alto Tribunal reparó en que, «mientras se sustanció el proceso penal, la actora tampoco podía reclamar la misma cantidad al acusado y aseguradora, pues cobraría dos veces el daño sufrido. Extremo este perfectamente conocido por la compañía que, sin duda, lo excepcionaría. Una vez se declaró la insolvencia del condenado, finalizado el proceso penal, contaba la actora con los datos fácticos y jurídicos precisos para entablar la acción». En consecuencia, declaró que la acción no estaba prescrita y devolvió las actuaciones a la Audiencia.

NOTA.— La sentencia cuenta con el voto particular del Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio García Martínez, habida cuenta que se manifestaba convencido «(i) de que la recurrente podía haber ejercitado la misma acción que ha afirmado ahora a partir del 17 de junio de 2010; (ii) y de que el proceso penal no constituía impedimento para ello, puesto que el proceso civil no tenía por objeto «el mismo hecho»». Así, comprendía que la cuantificación del daño en el proceso penal tenía como finalidad determinar en cuánto se traducía el deber de indemnizar del responsable penal, no en cuánto debía indemnizar a la ahora recurrida la ahora recurrente en virtud del contrato de seguro que les vinculaba. Además, aunque se asumiera que la valoración del daño en el proceso penal podía llegar a

tener incidencia en el proceso civil, lo que no podría aceptarse como solución derivada de ella es que el proceso penal constituyera un impedimento u obstáculo legal a la promoción del proceso civil con la trascendente consecuencia de impedir que empezara a correr el plazo de prescripción. (A. A. O.)

**2. Interrupción de la prescripción por excepción u oposición a las reclamaciones contrarias en el seno de un proceso judicial.**— La interrupción se produce no solo por acción sino también por ejercicio de la excepción u oposición a las reclamaciones contrarias. Las mutuas reclamaciones que se plantearon dentro del procedimiento por los codemandados, entre sí, negando respectivamente su responsabilidad e imputándola al contrario, se considera reclamación (art. 1973 CC), en cuanto acredita la ausencia de dejadez en el ejercicio de sus pretensiones y manifiesta un interés en el mantenimiento de sus acciones. En tanto que una reclamación extrajudicial (ausente de formalismos en su redacción) puede interrumpir el plazo de ejercicio de una acción, también debe aceptarse que pueda tener la misma repercusión la oposición e imputación que un demandado hace contra otro, en el seno de un proceso judicial, asistido de abogado (art. 1973 CC). En conclusión, el plazo de ejercicio de la acción quedó eficazmente interrumpido.

**Dies a quo del plazo de prescripción de la acción de reclamación de cantidad derivada de culpa extracontractual por accidente de tráfico en caso de concurrencia de culpas.**— La acción que da lugar a la presente demanda solo pudo ejercitarse (art. 1969 CC) desde que se conoció el resultado del juicio ordinario 300/2013, pues en dicho procedimiento se establecieron las cuotas de responsabilidad de los conductores de las motocicletas en el siniestro, y precisamente ese reparto de cuotas de responsabilidad se ha aceptado en el presente procedimiento por la aseguradora demandada. Tan determinante fue el procedimiento 300/2013 que quedó fijada la responsabilidad de los intervinientes en el siniestro, razón por la cual en el presente procedimiento ordinario 283/2016 no se cuestiona (art. 222.4 LEC), dado que lo resuelto en el juicio ordinario 300/2013 era un antecedente lógico de lo que ha sido objeto del presente procedimiento 283/2016. Por otro lado, no es coherente que la recurrente alegue que el demandante pudo ejercitar una acción al margen del juicio ordinario 300/2013 (al poseer todos los datos precisos para ello) y que, por otro lado, en la petición subsidiaria de la contestación a la demanda relativa a los intereses del artículo 20 LCS, plantee las dudas sobre las causas del daño, con el fin de exonerarse del pago de los intereses, por existencia de causa justificada. (STS de 14 de febrero de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.— Narciso interpuso demanda de juicio ordinario contra Rafael y la entidad aseguradora Liberty S.A. en la que suplicaba al juzgado que condenara a los demandados, conjunta y solidariamente, a indemnizar al demandante en la cantidad de 20.791,58 euros por días de baja, secuelas y demás perjuicios sufridos, más los intereses del artículo 20 LCS.

La sentencia de primera instancia estimo la demanda contra Liberty Seguros y Rafael y condenó conjunta y solidariamente a ambos a abonar al demandante la cantidad de 20.791,58 euros.

Interpuesto recurso de apelación por Liberty S.A., la Audiencia Provincial lo desestima.

La entidad Liberty S.A. interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (*J. M.ª M. F.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes del artículo 24.2 CE. Relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.**— Es doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 212/2013, de 16 de diciembre, 128/2017, de 13 de noviembre y 121/2021, de 2 de junio) que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes se traduce en el poder jurídico que se otorga a las partes de «provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso».

Este derecho fundamental comprende: 1) El derecho a que se admitan pruebas relevantes y pertinentes para cuya obtención no se hayan vulnerado otros derechos fundamentales y propuestas de acuerdo con la legalidad procesal; 2) El derecho a la práctica de las pruebas admitidas; 3) El derecho a no sufrir indefensión, evitando la denegación arbitraria o irrazonable de pruebas trascendentes; 4) El derecho a que las pruebas practicadas sean valoradas por el tribunal.

El Tribunal Constitucional precisa que el artículo 24.2 CE no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino que solo contempla el derecho a la recepción y práctica de aquellas que puedan ser consideradas pertinentes, «entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*». Además, es necesario que la de prueba sea «decisiva en términos de defensa», esto es, que su falta se traduzca en una indefensión del recurrente. Esta exigencia se proyecta sobre un doble plano: 1) El recurrente debe acreditar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; 2) Además, debe argumentar que la resolución del proceso podría haberle sido favorable de haberse practicado la prueba objeto de controversia. Solo cuando ambas circunstancias concurren podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho a la tutela judicial efectiva.

**Motivación de la decisión de prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad.** El Tribunal Supremo manifiesta que la exigencia de motivación se vulnera cuando no existe tal motivación o esta es insuficiente para expresar las razones de hecho y de Derecho que conducen a la decisión tomada. Recuerda que el Convenio de Nueva York pone en valor el respeto de los deseos y sentimientos de las personas con discapacidad (STS 296/2021, de 6 de mayo) y que la provisión judicial de apoyos debe respetar la autonomía de las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, debiendo atender a su voluntad, deseos y preferencias (STS 589/2021, de 8 de septiembre). Concluye afirmando que prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga actualmente (tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio) requiere una motivación especial que explícite las razones concretas por las que se toma tal decisión. (**STS de 21 de diciembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jose Luís Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.— En 2016, Isidora interpuso demanda para la modificación de la capacidad de su esposo Carlos Francisco y solicitó ser nombrada tutora. El demandado se opuso a la incapacitación total y argumentó que, en su estado actual, únicamente requería de una supervisión en ciertas actividades complejas. También expresó su oposición a que su esposa fuera designada como tutora y propuso a su amigo Borja.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que Carlos Francisco, como consecuencia de un accidente cerebrovascular, presentaba secuelas que limitaban su capacidad para administrar sus bienes y dictó sentencia modificando parcialmente su capacidad de obrar y acordando el nombramiento de Borja como figura de apoyo y curador. Esta resolución fue recurrida en apelación por Isidora. La Audiencia Provincial de Madrid, tras obtener un nuevo informe médico forense, revocó la sentencia de instancia, declaró la incapacidad total de Carlos Francisco y nombró tutora a la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos (AMTA). Durante la sustentación del recurso de apelación, Carlos Francisco solicitó la práctica de nuevas pruebas que fue denegada por la Audiencia. Contra la sentencia dictada, el demandado interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y casación alegando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE). El Tribunal Supremo estimó el recurso extraordinario por infracción procesal. (*M. S. G.*)

**4. Derecho al honor. Intromisión legítima. Inclusión en registro de morosos.**— La Sala Primera del Tribunal Supremo declara la inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, incluso cuando la deuda fue contraída por un tercero que suplantó su identidad, pues no aprecia falta de diligencia en la identificación del comprador-deudor por parte de la empresa vendedora-acreedora. (**STS de 17 de febrero de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.— En octubre de 2015, el demandante, supuestamente, compró unas enciclopedias a EDP Editores. En el proceso de compra intervino un tercero de confianza (Logalty), a través del cual se realizó la compra y se aportaron todos los datos del comprador: dirección, DNI, teléfono y número de cuenta bancaria. Producido el impago esencial y reclamado en diversas ocasiones al comprador, EDP Editores comunicó sus datos a Equifax, que también comunicó la inclusión en el registro al comprador. Con todo, hasta 2018 el comprador no se enteró de que estaba inscrito en dicho registro, por lo que solicitó la cancelación de sus datos por no reconocer la deuda, baja que Equifax causó solo cuatro días después. La prueba que se aporta para justificar la suplantación de la identidad en la adquisición de las enciclopedias fue (i) una prueba pericial caligráfica que señala que la firma de la contratación no coincide con la del comprador, aunque el perito manifiesta dudas respecto a la firma que consta en el albarán de entrega; y (ii) la afirmación del comprador de que, en esas fechas, perdió el DNI.

En estas circunstancias, el Alto Tribunal declaró que, aunque hubieran suplantado su identidad, la vendedora actuó con toda la diligencia exigible para verificar su identidad, siendo veraces todos los datos, incluso aquellos que no constaban en el DNI (como el teléfono y la cuenta bancaria). Además, actuó con la diligencia debida al reclamar la deuda previamente y comunicar, después, la inclusión de sus datos en el registro, lo que diligentemente también hizo Equifax. A mayor abundamiento, solicitada la cancelación de sus datos, esta se produjo sin demoras, por lo que, a la vista de las circunstancias concurrentes, la falta de diligencia en la identificación del comprador debe considerarse un error excusable, sobre el que no cabe apoyar la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrente. (A. A. O.)

**5. Derechos fundamentales. Derecho a la intimidad y a la propia imagen. Carácter autónomo de cada uno de estos derechos. Uno y otro tienen sustantividad y contenido propio y específico.**— Como se indica en la STC 14/2003, de 18 de enero, los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás (STC 81/2001, de 26 de marzo; STC 156/2001, de 2 de julio). El carácter autónomo de estos derechos supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros dos derechos fundamentales que prevé el precepto constitucional, pues la especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o que se la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de la vulneración de las eventuales lesiones del derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados solo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen puede vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente (en este sentido, STC 81/2001, de 26 de marzo; STC 83/2002, de 22 de abril). Esto tiene como consecuencia que, cuando se denuncia que una imagen gráfica ha vulnerado dos o más derechos del artículo 18 CE, deberán enjuiciarse por separado esas dos pretensiones.

**Lesión del derecho de imagen y vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar del menor, derivada de la publicación no consentida de la imagen. La vulneración del derecho de imagen de una persona no implica *per se* la lesión del derecho a la intimidad mientras esta no quede revelada.**— No es correcto concluir que la utilización in consentida de la imagen de un menor en circunstancias desfavorables lesiona por igual y conjuntamente sus derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la

propia imagen, puesto que, al ser los derechos a la intimidad y a la propia imagen derechos autónomos con sustantividad y contenido propio y específico, para apreciar que la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona vulnera su derecho a la intimidad, resulta necesario que dicha imagen revele su intimidad personal o familiar, lo que en el caso no acontece, puesto que la fotografía publicada y difundida no muestra ningún aspecto reservado protegido por el derecho a la intimidad. A lo que se suma que el artículo 4.3 LPJM constituye un complemento de la regulación establecida en la LPDH, cuando de menores se trata, en el sentido de que el consentimiento prestado expresamente por el menor (cuando sus condiciones de madurez lo permiten) o por su representante legal para la captación, reproducción o publicación por fotografía de su imagen no impedirá apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen cuando la utilización de dicha imagen en los medios de comunicación pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses.

**La libertad de información cede ante la protección del menor cuando la publicación de la imagen es contraria a sus intereses. Prevalencia del interés del menor.** No cabe atribuir prevalencia a la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen del menor, por más que la información sea veraz, tenga relevancia pública y la participación en el acontecimiento noticiable del menor fuera principal o protagonista. En los casos en que los intereses de los menores están afectados, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección al interés del menor, de manera que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4.3 LPJM, que considera como tal la utilización de la imagen de un menor que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. En tales casos, ni siquiera el interés general de la noticia o la veracidad de la información transmitida excluyen la ilicitud de la intromisión, y esta intensificación en los niveles de protección se justifica teniendo en cuenta que la naturaleza del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación. Es obvio, que en estos casos también se puede informar. Pero en la información se deben extremar las cautelas, y eso supone que no se puede utilizar la imagen del menor si es contraria a sus intereses incluso si consta su consentimiento o el de sus representantes legales (STS 387/2012, de 11 de junio). (STS de 13 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.— El Ministerio Fiscal interpuso demanda de protección del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen del menor N., contra las mercantiles X y Z, editoras de publicaciones en línea, y contra don A. y don R., como autores de las publicaciones contradichas. Se alegaba que en el periódico X aparecía publicada la fotografía del menor, encabezando la noticia de su internamiento terapéutico tras acuchillar a cinco compañeros. La imagen captaba el momento en que el joven salía de los Juzgados esposado y acompañado de la policía. Dicha fotografía estaba sin pixelar y permitía una completa y rápida identificación de la persona del menor. El otro diario publicaba igualmente una foto en la que se pixelaba parcialmente la figura del detenido. Además, en

las publicaciones se informaba de circunstancias de índole personal, relativas al menor, como el reciente fallecimiento de su madre o el centro de enseñanza secundaria en el que se produjeron los hechos. De manera que no solo no se había impedido, sino que ni siquiera se había dificultado la identificación del menor. Evidentemente, dichas imágenes fueron obtenidas y utilizadas sin el consentimiento de los progenitores y sin conocimiento del menor afectado. El Juzgado estimó la demanda y condenó solidariamente a ambas empresas al pago de 12.000 €. Sin embargo, la Audiencia estimó los recursos de apelación, negó que existiera solidaridad en la responsabilidad de las condenadas y impuso a cada una de ellas al pago de 6.000 €. La mercantil Z y R. interpusieron recurso de casación al considerar que la utilización que habían hecho de la imagen del menor no permitía su identificación y, por tanto, no vulneraban su derecho a la intimidad. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y, además, redujo la cuantía de la indemnización. (L. A. G. D.)

**6. Conflictos entre derechos fundamentales: libertades de expresión y de información y derecho al honor.**— El derecho al honor protege frente a atentados contra la reputación personal, vetando el uso de expresiones o mensajes insultantes o que supongan un descrédito de la persona. Sin embargo, este derecho tiene su límite en las libertades de información y expresión. En el caso de esta segunda no se exige que las expresiones sean veraces pues, por su propia naturaleza, no se refieren a hechos objetivos, que sí pueden ser verificados, sino a creencias subjetivas, bastando con que las declaraciones obedezcan a un interés social relevante y sean proporcionadas, en el sentido de que sean necesarias para transmitir la finalidad crítica perseguida. Con este pronunciamiento nuestro Alto Tribunal ahonda en la misma línea jurisprudencial que viene sosteniendo respecto a los reportajes de crónica social, reconociéndoles un interés relativo en atención a las circunstancias concretas cuando se refieren a personajes notorios, y recalca además que no puede denunciar una intromisión en su derecho al honor quien lo ha deslustrado con sus propios actos. También reitera su doctrina sobre el reportaje neutral, que permite a los medios de comunicación publicar expresiones que podrían suponer una intromisión en el derecho al honor cuando se limiten a actuar como meros transmisores, identificando al autor de las declaraciones sin reelaborarlas y siempre que no haya indicios evidentes de falsedad. (**STS de 14 de diciembre de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— A denunció a su exmarido, B, por un delito de coacciones en el ámbito familiar y otro de amenazas, resultando B condenado por el primero y absuelto del segundo por falta de pruebas. Poco después de la condena, A concedió una entrevista a una revista especializada en «noticias del corazón» en la que explicaba diversos incidentes de malos tratos protagonizados por B, acusándole entre otras cosas de haberla amenazado. En respuesta, B interpuso demanda contra A y la editorial de la revista por infracción de su derecho fundamental al honor, argumentando que era inveraz acusarle de amenazas cuando había sido absuelto de este delito.



El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión de B, razonando que ambos eran personajes públicos asiduos de la prensa del corazón, que se trataba de una entrevista y no de una noticia objetiva, que no se puede exigir a personas legas en Derecho conocer la diferencia entre los delitos de coacciones y amenazas y que, en cualquier caso, B había sido condenado por un delito de coacciones, siendo él quien había manchado su honor con sus propios actos. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia con los mismos argumentos, añadiendo además que ambos habían acudido en varias ocasiones a programas y publicaciones de crónica social para narrar sus encuentros y desencuentros amorosos y efectuarse imputaciones recíprocas.

B interpuso recurso de casación para la tutela civil de sus derechos fundamentales, que el Tribunal Supremo desestima. Tras sintetizar su jurisprudencia sobre los conflictos entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor, nuestro Alto Tribunal concluye que la intromisión está legitimada por un interés social relevante como es la violencia de género y por la notoriedad de los protagonistas y que, al no tratarse de una noticia objetiva sino de una narración subjetiva de las vivencias de A, no pueden tacharse de inveraces, teniendo además un vínculo suficientemente estrecho con los hechos declarados probados en la sentencia penal dictada contra B.

NOTA.— Aunque la libertad de expresión no requiere que las declaraciones sean veraces, en la medida en que a menudo es difícil separar las opiniones subjetivas de los hechos objetivos es jurisprudencia constante que sí puede exigirse que haya cierto vínculo entre el juicio de valor y la realidad fáctica para que la libertad de expresión ampare unas declaraciones (SSTS 791/2021, de 6 de noviembre, 1032/2022, de 23 de diciembre, y 400/2023, de 23 de marzo). Asimismo, también en relación con la libertad de expresión, el Tribunal Supremo ha declarado que el interés social relevante concurre al hacer declaraciones sobre incidentes de violencia de género (STS 25/2021, de 25 de enero). (C. C. S.)

**7. Derecho al honor y libertad de información. Concepto y diferencias entre la libertad de información y libertad de expresión.**— La libertad de información consiste en la transmisión o comunicación de hechos, susceptibles de comprobación, contraste y prueba; la libertad de expresión ampara la manifestación de valoraciones, opiniones o juicios subjetivos que, como tales, quedan al margen de la demostración fáctica, aunque han de contar con un cierto apoyo o sustento de tal clase. Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional establece que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información (SSTC 181/2006, de 19 de junio; 24/2019, de 25 de febrero; y 46/2019, de 25 de noviembre, entre otras).

**Dificultad para determinar la libertad que entra en conflicto con el derecho al honor.**— La primera labor a realizar, por parte de los órganos jurisdiccionales, consiste en determinar qué libertad —expresión o información— entra en conflicto con el derecho al honor (art. 20.4 CE), y será aquella que *aparezca como preponderante o predominante* para subsumirla en el

artículo 20.1 CE (SSTC 172/2020, de 19 de noviembre; y 5/2021, de 25 de enero, por citar las más recientes). En el ejercicio de tal función, habrá que considerar determinante que del texto cuestionado se desprenda un *afán informativo* (STC 278/2005, de 7 de noviembre), o que predomine intencionalmente la expresión de un *juicio de valor* (STC 38/2017, de 24 de abril).

**Prevalencia de la libertad de información sobre el derecho al honor. Protección reforzada cuando es ejercitada por los profesionales de la información.**— Debe respetarse dicha posición prevalente, aunque no absoluta, que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor, que deriva de su condición de esencial garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (SSTC 134/1999, de 15 de julio; 154/1999, de 14 de septiembre, y 52/2002, de 25 de febrero, así como las SSTS 209/2020, de 29 de mayo; 276/2020, de 10 de junio; 26/2021, de 25 de enero; y 887/2021, de 21 de diciembre, entre otras).

La protección constitucional de la libertad de información alcanza su máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la información, a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa entendida en su más amplia acepción (SSTC 225/2002, de 9 de diciembre; y 172/2020, de 19 de noviembre, entre otras). En la misma línea se encuentran las SSTEDH de 26 de noviembre de 1991; 27 de mayo de 2004; y 15 de febrero de 2005.

**Límites internos y externos de la libertad de información.**— El ejercicio del derecho a la información no es un derecho absoluto, pues está sujeto a límites internos, relativos a su propio contenido: la veracidad y la relevancia pública; y a límites externos, que se refieren a su relación con otros derechos o valores constitucionales con los que puede entrar en conflicto: los derechos de los demás y, en especial y sin ánimo de exhaustividad, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia (art. 20.4 CE) (SSTC 52/2002, de 25 de febrero; y 172/2020, de 19 de noviembre, entre otras).

**Criterios de ponderación en los conflictos suscitados entre la libertad de información y el derecho al honor.**— Se encuentran tres pautas valorativas: A) que la información comunicada venga referida a un asunto de interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas; B) proporcionalidad, es decir, que no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias; y C) la veracidad, que es un requisito legitimador de la libertad de información (SSTS 252/2019, de 7 de mayo; 26/2021, de 25 de enero; y 852/2021, de 9 de diciembre, entre otras).

De esta manera, la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones o de las informaciones proscribire el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la idea crítica o la noticia (SSTS 273/2019, de 21 de mayo; 359/2020, de 24 de junio; 635/2020; y de 25 de noviembre o 852/2021).

**La veracidad de la información: deber del informador de contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales.**— La veracidad habrá que identificarla con el resultado de una razonable diligencia, por parte del informador, a la hora de contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aunque la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada. Por el contrario, falta esa diligencia debida cuando se transmiten, como hechos verdaderos, simples rumores carentes de constatación, o meras invenciones

(SSTS 456/2018, de 18 de julio; 102/2019, de 18 de febrero; y 29/2021, de 25 de enero, entre otras).

**El criterio de razonabilidad como elemento relevante para la determinación del nivel de diligencia exigible en la comprobación de los hechos.**— El nivel de diligencia exigible en la comprobación de los hechos ha de venir adornado de la nota de razonabilidad, y requiere ponderar extremos tales como: si se ha acudido a la técnica del reportaje neutral; la mayor o menor repercusión de la información en el prestigio de la persona afectada; el interés público de la noticia; la condición pública o privada de la persona a la que se refiere; la fuente de la que proviene la información; las posibilidades efectivas de contrastarla; así como la existencia de resoluciones judiciales referidas a los hechos comunicados, entre los elementos a considerar (STC 52/2002, de 25 de febrero). El nivel de diligencia exigible adquiere su máxima intensidad, cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre; 178/1993, de 31 de mayo; y 21/2000, de 31 de enero, entre otras). También, debe de ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 28/1996, de 26 de febrero; 21/2000, de 31 de enero, entre otras). Ha de valorarse también la trascendencia de la información (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre; y 21/2000, de 31 de enero, entre otras). La utilidad social de la noticia (SSTC 28/1996, de 26 de febrero; y 21/2000, de 31 de enero). La condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado por la información (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre; y 21/2000, de 31 de enero, entre otras). El objeto de la información, si la ordenación y presentación de hechos, que el medio asume como propios, o la transmisión neutra de manifestaciones de otro (SSTC 41/1994, de 15 de febrero; y 21/2000, de 31 de enero, entre otras). Finalmente, contribuyen también el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla... (SSTC 28/1996, de 16 de febrero; y 21/2000, de 31 de enero, entre otras).

**Significado de la veracidad de la información.**— Cuando la Constitución española requiere que la información sea *veraz* no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio—, sino lo que establece es un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como *hechos* haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraude el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsee lo comunicado (STC 28/1996, de 26 de febrero).

**El nivel de diligencia exigible en la comprobación de los hechos, como cuestión casuística, no se puede determinar *a priori* y con carácter general.**— La contrastación de la noticia no es un término unívoco, sino que, más allá de su genérica formulación como deber, exige matizaciones casuísticas (SSTC 21/2000, de 31 de enero; y 52/2002, de 25 de febrero, entre otras muchas). La diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse *a priori* y con carácter general, sino que depende de las características concretas de la comunicación, al fin, y a las circunstancias del caso (SSTS 338/2015, de 29 de junio y 696/2015, de 4 de diciembre y SSTC 240/1992, de 21 de diciembre; y 136/2004, de 13 de julio, entre otras). (STS 31 de enero de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.— Una Asociación policial demandó, por vulneración del derecho al honor, a un periodista y la empresa editora por un artículo periodístico digital titulado *Las cloacas de interior*, en el que se informaba sobre el desembarco del partido político Ciudadanos en dicha asociación. El artículo detallaba la injerencia de Ciudadanos en la asociación policial y se apoyaba en mensajes de wasap del coordinador de la asociación en Madrid y fuentes policiales que no revelaba.

El juzgado estimó la demanda, al considerar no acreditada la vinculación de la asociación con el partido político, condenando a los demandados a eliminar el artículo del periódico digital, a publicar el encabezamiento y fallo de la sentencia, y a pagar a la actora cinco mil euros. La audiencia estimó el recurso y absolvió a los demandados, ya que no tenía duda del cumplimiento del deber de diligencia por parte del periodista demandado lo que habría legitimado en el ejercicio de su derecho de información que prevalecería, por ello, sobre el derecho al honor de la asociación demandante. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (C. O. M.)

**8. Derecho a la no discriminación (art. 14 CE) y derecho de asociación (art. 22 CE).** El derecho de asociación, contemplado en el artículo 22 CE, comprende cuatro dimensiones: 1) una dimensión individual, que incluye el derecho a asociarse; 2) una dimensión más colectiva, que abarca el derecho a establecer la propia organización, incluyendo la posibilidad de regular estatutariamente las causas y el procedimiento para la admisión y la expulsión de los socios, sin más límites que los dimanantes de los establecidos en el ordenamiento jurídico; 3) la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; 4) un haz de facultades a los asociados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretenden incorporarse. Ahora bien, quienes pretendan ingresar en una asociación se entiende que han de conocer y aceptar en bloque las normas estatutarias a las cuales habrán de quedar sometidos. El régimen jurídico de la asociación viene determinado por los propios estatutos y por los acuerdos válidamente adoptados por la asamblea general y los órganos directivos competentes.

Por otro lado, el principio de igualdad, recogido en el artículo 14 CE, vincula no solo a los poderes públicos, sino también a otros destinatarios, si bien su grado de aplicación tiene una intensidad distinta. En el ámbito privado, los derechos fundamentales deben hacerse compatibles con otros principios, como el de autonomía de la voluntad. No obstante, esta conclusión debe modularse en los casos de asociaciones privadas que ostenten una posición privilegiada o de dominio en el ámbito económico, social o profesional, en las que la decisión de no admitir la incorporación de un socio puede generar en el afectado un perjuicio significativo y no justificado en dichos ámbitos. La jurisprudencia ha entendido que se produce esa posición «dominante» cuando: 1) la actividad desarrollada por la asociación respondía a una concesión administrativa para la explotación económica en exclusividad de bienes de dominio público, por lo que la decisión de negar el ingreso se traducía en una discriminación laboral por razón de sexo; 2) la Administración pública participaba en la organización y/o financiación de las actividades de la asociación privada; 3) la asociación pertenecía a la modalidad de cooperativa de viviendas, sujeta a su específico régimen legal, en la que la pérdida de la

condición de asociado/cooperativista comportaba simultáneamente la pérdida del derecho de adjudicación de una vivienda, con el consiguiente perjuicio económico significativo para el afectado.

Así, la discriminación por razón de sexo queda prohibida cuando se impida el ingreso en asociaciones que ostenten esa posición de privilegio en el mercado laboral, por ejemplo. Sin embargo, su proyección en el ámbito privado no significa que toda actividad que lleven a cabo particular y que suponga la intervención de una pluralidad de personas, exija una determinada participación de hombres y mujeres si es que sus promotores no la contemplan o no la consienten. (**STS de 23 de diciembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

**HECHOS.**— Una mujer presenta demanda contra la asociación Esclavitud del Santísimo Cristo, en la que solicitaba que se declarase la nulidad del artículo 1 de los estatutos de dicha asociación, por excluir a la mujer como aspirante a ser socio de la misma, vulnerándose, de esta manera, los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y de asociación. La demandada alega: 1) que no es aplicable la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación, sino el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede; 2) que el artículo 1 de los estatutos no es contrario a Derecho; 3) que no existe obligatoriedad de que una asociación religiosa sea mixta.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, al entender que la asociación debe ver limitada su autonomía organizativa y no puede erigirse como una asociación solo de hombres. La asociación interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, señalando, entre otras cosas, que ni el derecho de autoorganización de las asociaciones ni la autonomía organizativa pueden infringir normas constitucionales. La asociación recurre en casación, apuntando: 1) la infracción de los artículos 22, 14 y 16 CE, en relación con el artículo 6 LOLR; 2) la infracción de la jurisprudencia que consagra el principio de autonomía y de autoorganización de las asociaciones de carácter religioso. El Tribunal Supremo considera que la asociación demandada no tiene un carácter «dominante», pues sus actividades y fines son estricta y exclusivamente religiosos, y no económicos, profesionales o laborales. Tampoco aprecia una situación de monopolio o exclusividad en la organización de las actividades procesionales de la Semana Santa y otros actos de culto por parte de la Esclavitud del Santísimo Cristo, que es una más de las diversas hermandades y cofradías existentes, como tampoco existe impedimento canónico para poder promover la constitución de otras hermandades, con los mismos fines espirituales y religiosos, integradas por hombres y mujeres o solo por mujeres. Por todo ello, el Alto Tribunal acaba estimando el recurso de casación planteado por la asociación.

**NOTA.**— Sobre el derecho de asociación, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han pronunciado en infinidad de ocasiones. Cabe destacar los siguientes temas tratados en este caso: 1) la dimensión del derecho de asociación (SSTC 219/2001, de 31 de octubre; 104/1999, de 14 de junio; 56/1995, de 6 de marzo; 96/1994, de 21 de marzo; SSTs de 7 de noviem-

bre de 2008, 13 de julio de 2007, 23 de junio de 2006, 16 de junio de 2003, 18 de noviembre y 2 de marzo de 2000 y 28 de diciembre de 1998); 2) la potestad de autoorganización de las asociaciones (STC 218/1988, de 22 de noviembre); 3) las facetas de la libertad de asociación (STC 42/2011, de 11 de abril; 135/2006, de 23 de abril; 56/1995, de 6 de marzo); 4) los límites del derecho de asociación (STS de 19 de julio de 2004; SSTC 104/1999, de 14 de junio; 56/1995, de 6 de marzo; 96/1994, de 21 de marzo); 5) la ponderación entre el derecho de autoorganización asociativa y el derecho asociativo entre particulares relacionado con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (STC 177/1988, de 10 de octubre); 6) la limitación de la participación de las mujeres en una asociación (SSTS de 28 de mayo de 2008 y 15 de enero de 2007); 7) la posición dominante que impide la discriminación (SSTS de 19 de septiembre de 2002 y 8 de febrero de 2001). (S. L. M.)

**9. Responsabilidad civil. Personalidad jurídica de las sociedades. Doctrina del levantamiento del velo. Carácter excepcional de su apreciación.**— De acuerdo con la doctrina de la Sala, la norma general ha de ser respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por cada entidad, que no afecta a sus socios ni administradores, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley. Este carácter excepcional del levantamiento del velo exige que se acrediten aquellas circunstancias que ponen en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad. Estas circunstancias pueden ser muy variadas, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el levantamiento del velo, sin que tampoco constituyan *numerus clausus*. En cualquier caso, no pueden mezclarse un tipo de supuestos con otros, pues en la práctica cada uno de ellos requiere sus propios presupuestos y, además, pueden conllevar distintas consecuencias. Así pues, la doctrina del levantamiento del velo no justificaría por sí sola la condena a una entidad diferente del organismo notificado por el hecho de que fueran empresas del mismo grupo.

**Coincidencia parcial del nombre de las sociedades pertenecientes al grupo empresarial. No es suficiente para establecer una identidad jurídica entre ellas y extender la responsabilidad a la filial. Necesidad de acreditar la existencia de abuso de la personalidad jurídica.**— En el presente caso no se ve la razón por la que la sola existencia del grupo de sociedades y la coincidencia parcial en sus denominaciones permita sentar, como hace la Audiencia, una presunción de identidad jurídica y la consiguiente extensión de la responsabilidad que en su caso correspondería a la filial no demandada. De una parte, constan en los escritos de la demandada la identificación de la sociedad del grupo que es el organismo certificado de productos sanitarios y esa es la razón por la que el juzgado de primera instancia estimó la falta de legitimación pasiva de la ahora recurrente; de otra parte, no hay constancia a la vista de lo alegado de la falta de autonomía empresarial de cada sociedad a la hora de ejercer las actividades propias de su objeto social; tampoco consta la participación o colaboración de una filial en las actividades de las otras, ni cualquier otra circunstancia significativa que conduzca a concluir que ha existido abuso de la personalidad jurídica societaria o que hay razones para que una sociedad responda de las

eventuales acciones u omisiones negligentes de otra del mismo grupo. (STS de 24 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— La actora interpuso demanda contra la empresa P.I.P.E., S.L. (importadora en España de la prótesis mamaria), A.F.I. (compañía aseguradora) y el grupo de empresas T. Group (encargada de elaborar los informes derivados de la auditoría de calidad del producto en calidad de organismo notificado). El denominado «organismo notificado» es la empresa u organización designada por un Estado miembro de la UE para evaluar la conformidad de determinados productos sanitarios y garantizar su calidad, seguridad y eficacia antes de la puesta en el mercado europeo. La razón de la demanda estaba en los daños sufridos por la demandante, quien tiempo después de someterse a una cirugía de implante mamario descubrió que, debido a la mala calidad de los mismos, uno de ellos se había roto, por lo que tuvo que practicarse una nueva intervención para eliminar ambos y sustituirlos por otros adecuados. La actora reclamaba la indemnización de los daños y perjuicios, materiales y morales, ocasionados a consecuencia del indebido cumplimiento de su deber de auditoría de calidad de la entidad que ejerció de organismo notificado respecto de los implantes. En este sentido, la demandante reclamó la condena solidaria de los demandados al pago de la cantidad de 31.417 €. Las partes se opusieron alegando diversas razones y, en especial, T. alegó la falta de legitimación pasiva puesto que se trataba de una compañía perteneciente al grupo empresarial, pero con personalidad jurídica propia y que no desarrollaba los cometidos de control, los cuales constituían la actividad propia de otras sociedades del mismo grupo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, en particular, al considerar que, efectivamente, la sociedad demandada no podía asumir la representación ni defensa de los intereses de la otra que, perteneciendo al mismo grupo de empresas, realmente llevó a cabo la actividad de control. La Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso de apelación de la actora y, entendió que no existía falta de legitimación pasiva en la demandada, sino que al formar parte del grupo de empresas demandando no podía ampararse en la distinta personalidad jurídica de una y otra sociedad del grupo. Condenó a la parte al pago de la cantidad de 15.000 €. Respecto del resto de las mercantiles demandadas se había desistido en primera instancia. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la demandada. (*L. A. G. D.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**10. Nulidad de producto financiero. Extensión de la nulidad al crédito vinculado.**— La jurisprudencia ha admitido que, bajo determinadas condiciones que lo justifican, la nulidad de un contrato pueda extenderse y propagar su ineficacia a otros contratos vinculados. Según la STS 331/2018, de 1 de junio, en virtud del nexo de conexión que presente la celebración de diferentes contratos cabe también que la ineficacia del contrato principal o inicial

alcance a otros contratos que con aquel se encuentran en una relación de conexión o dependencia. Dicha relación de conexión puede darse por razón de diversas circunstancias, bien porque el contrato principal o inicial constituye un presupuesto o una *conditio iuris* para que el contrato posterior realice plenamente su función práctica, o bien, porque en el momento de su celebración ambos contratos cooperen necesariamente para la consecución del resultado económico perseguido por las partes, supuestos de los negocios complejos y coaligados. En un supuesto muy similar al presente, la STS 136/2021, de 10 de marzo, declaró que entre los sucesivos contratos de financiación y de inversión se aprecia una unidad de intención, una vinculación funcional que, sin perjuicio de su respectiva autonomía, permite hablar de negocios coligados. La finalidad o función económico-social que se perseguía con estos solo podía lograrse a través del conjunto de esos contratos. Los préstamos constituían el instrumento mediante el que se obtenían los fondos con los que se realizaban las inversiones en productos financieros, y estos, a su vez, eran la garantía, a través de su pignoración, de aquellos préstamos, y la fuente de obtención de nuevos recursos económicos (mediante su esperada revalorización y beneficios) con los que amortizar los capitales prestados. Por esta razón, resulta artificioso pretender aislar la valoración de los contratos enjuiciados del conjunto contractual ofertado a los clientes, pues la voluntad de los contratantes se formó, declaró y formalizó en el contexto de dicho conjunto. Esta doctrina resulta de aplicación en el presente caso, en que también se aprecia una clara vinculación entre el contrato de adquisición del producto estructurado y la póliza de crédito, propia de los negocios complejos o coligados. Esta conexión muestra cómo, desde su celebración, ambos contratos cooperan necesariamente para la consecución del resultado económico perseguido por las partes. Se conciertan al mismo tiempo (julio de 2007) y el estructurado se constituye con el dinero concedido por el propio banco mediante la póliza de crédito, de tal forma que la adquisición del producto estructurado es causa de la concesión del crédito, siendo la duración de esta póliza la misma que la del estructurado, tres años. Del mismo modo, la reestructuración del producto financiero complejo, sustituyendo un estructurado por otro, este último con un plazo de duración de cinco años, va acompañado de la necesaria renovación de la póliza de crédito, que también se extiende por un plazo de cinco años. El crédito se concede para permitir la inversión en el producto estructurado, así se ofreció al cliente y así fue aceptado. Esta vinculación o conexión conlleva que, en este caso, en atención a las circunstancias expuestas, la nulidad por error vicio tanto de la adquisición del producto estructurado en julio de 2007, como de su sustitución por otro producto estructurado en marzo de 2010, justifique también la nulidad del contrato de crédito constituido para adquirir el estructurado en julio de 2007 y novado con ocasión de la reestructuración de marzo de 2010. (STS de 23 de febrero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.— Isaac interpuso una demanda en la que pedía la nulidad de los contratos de suscripción de los productos estructurados (el de 2007 y el de 2010) y de la póliza de crédito de 2007, así como su renovación en 2010, por error vicio en el consentimiento, provocado por un defecto de información sobre los productos financieros complejos y los riesgos que entrañaban. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.



La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el demandante y la Audiencia estimó en parte el recurso, y con ello la demanda. Así, estima la nulidad por error vicio respecto de la adquisición de los dos productos estructurados, al entender que hubo un defecto de información sobre los riesgos concretos que podían generar, pero no extiende esta nulidad a la póliza de crédito ni a su renovación.

La sentencia de apelación es recurrida en casación por el demandante. El Tribunal Supremo estima el recurso. (*J. M.<sup>a</sup>M. F.*)

**11. Contrato de permuta financiera. La ausencia de información escrita precontractual no determina por sí la existencia de un perjuicio para el cliente.**— Ni la falta de acreditación de la información previa a la contratación de la permuta financiera, ni la ausencia del test de conveniencia o, en su caso, el de idoneidad, determinan por sí la existencia de error vicio, sino que lo presumen. En efecto, no impide que pueda acreditarse que, a pesar de la falta de constancia de la información precontractual y del preceptivo test, el cliente contrató con conocimiento de las características del producto y de sus riesgos (SSTS 264/2018, de 9 de mayo; 521/2020, de 14 de octubre; 356/2019, de 25 de junio; 290/2019, de 23 de mayo y 523/2018, de 24 de septiembre). Aplicada la referida doctrina a la acción ejercitada de incumplimiento contractual, debemos declarar que la ausencia de información escrita precontractual por parte del banco no generó perjuicio alguno en la parte demandante (calificable como cliente profesional), dado que conocía a través de su asesor financiero las características del producto que adquiriría, sus riesgos y las consecuencias de su cancelación (arts. 1101 y 1106 CC), unido a que la cancelación fue negociada y también con el debido asesoramiento por su empleado, la que impugnan nueve años después mediante la demanda que da origen al presente procedimiento. (**STS de 7 de febrero de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.— La sociedad limitada demandante suscribió en el año 2005 un primer swap que cancela unos días antes de su vencimiento en el año 2006 y sustituye por otro swap que cancela anticipadamente en el año 2007 y abona 521.400 euros. En la demanda, que se dirige contra el Banco de Santander, solicita, con carácter principal, la nulidad por error vicio de estos contratos. Con carácter subsidiario solicita el resarcimiento de daños y perjuicios, por incumplimiento de la entidad de informar precontractualmente sobre los riesgos del producto.

La sentencia de primera instancia estima la pretensión principal de nulidad, aunque reconoce a la mercantil demandante una cantidad algo menor que la solicitada en la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada, la sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación del banco demandado, desestimó íntegramente la demanda, declaró la caducidad de la acción de nulidad, y, entrando a resolver las acciones subsidiarias, las desestimó.

La sociedad demandante interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (*J. M.<sup>a</sup>M. F.*)

**12. Condiciones generales de la contratación. Control de cláusulas con IRPH.**— El carácter de condición general de la contratación de una cláusula que define el interés remuneratorio en un contrato de préstamo lo recoge la STS de Pleno 596/2020, de 12 de noviembre (también referida a un préstamo con interés referenciado al índice IRPH). Así, es posible que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación. También es posible que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual. Para que se dé el requisito de la generalidad de las condiciones generales de la contratación, las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o ir destinadas a tal fin. La carga de la prueba recae sobre el empresario, sin que conste negociación alguna en el presente caso.

**Control de transparencia de la cláusula con IRPH.**— Se ha realizado de la siguiente forma: 1.º. Publicación del IRPH en el BOE, que permite al consumidor comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades. De modo que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH. 2.º. Información facilitada por la entidad prestamista al consumidor sobre la evolución pasada del índice (*cf.* STJUE de 3 de marzo de 2020).

**La ausencia de información directa sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores, aunque determine falta de transparencia de la cláusula, no implica necesariamente su nulidad.**— Según la jurisprudencia del TJUE, cuando se trata de elementos esenciales del contrato (precio y prestación), el efecto de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es su nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad, esto es, permite valorar si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (SSTJUE de 26 febrero de 2015, 14 de marzo y 5 de junio de 2019, entre otras). Por tanto, conforme a los AATJUE de 17 de noviembre de 2021, si la cláusula que referencia el interés variable al índice IRPH adolece de falta de transparencia, ello no implica por sí misma su nulidad, sino que únicamente permite realizar el control de abusividad.

**Control de abusividad.**—A efectos del juicio de abusividad, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un *desequilibrio importante* entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido, para analizar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Y respecto a en qué circunstancias se causa ese desequilibrio *contrariamente a las exigencias de la buena fe*, habrá que comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (SSTJUE de 26 de enero de 2017 y 3 de octubre de 2019).

**Control de abusividad de la cláusula con IRPH.**— El ofrecimiento por la entidad prestamista de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, *no puede vulnerar por sí mismo la buena fe*. Además, el Gobierno central

y varios Gobiernos autonómicos han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, por lo que resulta ilógico considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial (SSTS 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; y 408/2020, de 7 de julio).

En cuanto a su posible causa de desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque para el cálculo del IRPH se toman en consideración no solo los préstamos con Euribor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo, así como los diferenciales. El desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13 y STJUE de 9 de julio de 2020, a la que se remiten los AATJUE de 17 de noviembre de 2021), la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante para determinar su abusividad. La STS 585/2020, de 6 de noviembre, ha manifestado, en este sentido, que no queda justificado que el índice IRPH, que está fiscalizado en todo caso por la administración pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales.

**Parámetros para considerar abusiva una cláusula con carácter de condición general de la contratación.**— Lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros a los que se refieren la Directiva y la legislación de consumidores, a los que antes hemos hecho mención: *el desequilibrio importante y la mala fe*. Ninguno de ellos concurre en presente caso de una cláusula con IRPH. (STS de 27 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.— El 18 de septiembre de 2012, el comprador de una vivienda, para financiar su adquisición, se subrogó en un préstamo hipotecario con Kutxabank, con alguna modificación de sus condiciones. El tipo de interés era variable y estaba referenciado al índice IRPH Entidades. Asimismo, se pactó que, en caso de desaparecer el índice IRPH Entidades, sería sustituido por el índice IRPH Cajas.

El adquirente demandó a la entidad bancaria citada solicitando la nulidad por abusivas de las cláusulas del contrato relativas al índice IRPH y, en consecuencia, que se recalculase las cuotas del préstamo aplicando como índice de referencia el Euribor.

El juzgado y la audiencia estimaron la demanda. La demandada formuló recurso de casación y el Tribunal Supremo admitió el recurso, desestimando íntegramente la pretensión de la actora.

NOTA. Aunque desde 2020 el Tribunal Supremo se ha pronunciado, en distintas sentencias, en el sentido de no apreciar abusividad de la cláusula de varios préstamos hipotecarios que incorporaban como índice de referencia el IRPH, *por no observarse perjuicio al consumidor ni desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes*, la titular del Juzgado de Primera Instancia 17 bis de Palma de Mallorca decidió, mediante auto de fecha 4 de abril de 2022, elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE (con 18 preguntas) para que aclare, en síntesis, si la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contraria a los artículos

3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, porque al no aplicar el IRPH un diferencial negativo puede suponer una práctica abusiva, y ser oscuro y menos ventajoso para los consumidores que todos los índices de referencia. El TJUE en sentencia de 13 de julio de 2023 considera que incumbe al juez nacional pronunciarse sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso, pero proporciona al juez español las indicaciones que ha de tener en cuenta. Para apreciar la transparencia y el posible carácter abusivo de la cláusula controvertida se debe facilitar la información al consumidor contenida en la Circular del Banco de España 5/94, de la que se desprende la necesidad de aplicar al *índice de referencia*, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo, a fin de igualar el tipo de interés con el del mercado. También, el juez nacional tendrá que determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio. (I.D.–L.S.)

### **13. Control de transparencia de las denominadas cláusula suelo incorporadas a contratos de préstamos hipotecarios con consumidores.–**

Con base en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, y los artículos 60.1 y 80.1 TRLGCU, las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores deben cumplir con el requisito de transparencia (STS 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan). No solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de ellas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato (SSTJUE de 21 de marzo de 2013 C-92/11; 30 de abril de 2014, C-26/13; 26 de febrero de 2015, C-143/13; y 23 de abril de 2015, C-96/14). El control de transparencia trata de impedir que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor con la inclusión de una condición general que, aun superando los requisitos de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), conlleve una trascendencia jurídica o económica que le pase inadvertida por no facilitársele la información clara y adecuada sobre las consecuencias económicas y jurídicas de dicha cláusula.

**Consecuencias de la falta de transparencia sobre la apreciación del carácter abusivo de las denominadas cláusulas suelo.–** La falta de transparencia de una condición general incorporada a un contrato celebrado con consumidores no supone necesariamente que sea abusiva. Sin embargo, las cláusulas suelo no transparentes provocan un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, incompatible con las exigencias de la buena fe, al impedirle hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá su aplicación de bajar el índice de referencia, lo que además le priva de la posibilidad de comparar correctamente las diferentes ofertas existentes en el mercado (STS 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan).

**El deber de información precontractual, y su relevancia sobre la transparencia de las condiciones generales.–** En materia de transparencia lo relevante es la información precontractual proporcionada con antelación, porque es en esta fase cuando el consumidor adopta la decisión de contratar (SSTJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11; 23 de abril de 2015, C-96/14; y 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y

C-308/15), y tal información es la que le permite realmente comparar las ofertas (SSTS 170/2018, de 23 de marzo; 346/2020, de 23 de junio; y 22/2021, de 22 de enero, entre otras).

**Cumplimiento del deber de información precontractual: insuficiencia de las advertencias notariales, de la claridad gramatical de la escritura pública, del acceso previo a la minuta notarial, y de declaraciones realizadas en la escritura sobre el reconocimiento de la previa información.**— La intervención del notario con la lectura de la escritura no es suficiente para superar el control de transparencia ante la ausencia de una información precontractual (SSTS 23/2018, de 24 de enero; 9/2019, de 11 de enero; y 188/2019, de 27 de marzo, 22/2021, de 21 de enero, entre otras). El fedatario público interviene en el momento final del *iter* contractual, cuando las voluntades ya están conformadas, y la posibilidad del prestatario de dar marcha atrás deviene excepcional (STS 433/2019, de 17 de julio). El control de transparencia no se supera con la simple claridad gramatical de la escritura pública (STS 483/2018, de 11 de septiembre). El deber de información precontractual no puede quedar reducido a que el prestatario tenga la posibilidad de acceder al proyecto de escritura pública con la antelación de tres días hábiles al momento de su firma (SSTS 614/2017, de 16 de noviembre; 125/2021, de 8 de marzo; y 398/2021, de 14 de junio, entre otras). Tampoco se supe tal deber con la incorporación en la escritura pública de una declaración estereotipada mediante la que el prestatario reconoce haber sido informado de las condiciones, y las acepta.

**Antelación exigible a la información precontractual.**— No es suficiente para cumplir el deber de información que permita superar el control de transparencia, con la entrega de un certificado de concesión del préstamo que, con independencia de que no cumpla con los requisitos de la oferta a que se refiere la Orden de 5 de mayo de 1994, fue realizada en la víspera del otorgamiento de la escritura. Tampoco basta con la entrega de la Ficha de Información Personalizada el mismo día del otorgamiento de la escritura. (STS de 17 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— Dos personas físicas prestatarias solicitaron la nulidad de sendas cláusulas suelo incorporadas a una escritura de préstamo hipotecario otorgada en diciembre de 2008, y a otra de novación y ampliación del préstamo de marzo de 2013, y realizaron otros pedimentos consecuentes. En la copia de la escritura de 2008 que se aportó al procedimiento no aparecía en ninguna hoja la cláusula suelo aplicada, si bien constaba en ella las advertencias notariales acerca de la existencia de límites a la variación del tipo de interés. A los prestatarios se les entregó la víspera de su otorgamiento un certificado de concesión del préstamo. En cuanto a la escritura de novación de 2013, constaba con precisión los límites a la variación del tipo de interés, y se había entregado a los prestatarios la Ficha de Información Personalizada en la que figuraba el tipo de interés máximo y mínimo a aplicar, así como la cuota amortización máxima y mínima. Sin embargo, la entidad bancaria no pudo acreditar que tal entrega fuera realizada con una antelación suficiente a la firma del contrato. El juzgado estimó la demanda, pronunciamiento que sería revocado por la audiencia. El Tribunal Supremo casó la sentencia.

NOTA.— Como señala la sentencia, la Orden de 5 de mayo de 1994, *sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, estableció un régimen de información precontractual respecto de los préstamos hipotecarios suscritos con personas físicas, consistente en un folleto informativo, oferta vinculante, y el derecho a examinar el proyecto de escritura pública al menos durante tres días hábiles antes de su otorgamiento. Esta Orden fue sustituida por la Orden EHA/2889/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección de la clientela de servicios bancarios*, cuyo artículo 22 reguló la Ficha de Información Personalizada que debe entregarse a todos los clientes de préstamos con la debida antelación, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. La Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011 aconsejó que esta ficha debía entregarse con tres días hábiles de antelación al otorgamiento de la escritura pública, lo que no pudo acreditar la entidad bancaria. (F. S. N.)

**14. Controles de transparencia y abusividad de las denominadas cláusulas suelo en préstamos hipotecarios: improcedencia al no reunir el prestatario la condición de consumidor.** Ni la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, ni el TRLGDCU de 2007, ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o del Tribunal Supremo, establecen reglas específicas sobre la prueba de la cualidad de consumidor, porque tal condición no puede fijarse de manera apriorística, sino que por su carácter objetivo, habrá de atender de forma especial a la finalidad profesional o particular de la operación objeto del contrato, es decir, a las circunstancias del caso (STS 436/2021, de 22 de junio).

**Concepto de consumidor: interpretación restrictiva.**— El concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con su naturaleza y finalidad, y no con la condición subjetiva de dicha persona, dado que puede ser considerado consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. Si no constara que el bien o servicio objeto de contrato se destinara a una actividad empresarial o profesional, no puede negarse la condición de consumidor a la persona que, subjetivamente reúna los requisitos para ello: ser persona física o jurídica sin ánimo de lucro (STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17).

**El consumidor en los contratos mixtos o con doble finalidad.**— De acuerdo con el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, si el contrato se celebra con un objeto en una parte relacionada, y en otra no, con la actividad comercial de la persona, y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general, dicha persona deberá ser considerada como consumidor (STS 224/2017, de 5 de abril). El contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado, por lo que no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado sea mínimo y, por tanto, solo tuviera un valor insignificante en el contexto de la operación considerada globalmente (STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16).

**Control de incorporación de condiciones generales de la contratación (arts. 5 y 7 de Ley 7/1998, de 13 de abril).**— El control de incorporación de las condiciones generales es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer la existencia de la condición general al momento de celebrar el contrato y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal (SSTS 241/2013, de 9 de mayo y 314/2018, de 28 de mayo). La inclusión de las denominadas cláusulas suelo en escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes, suele satisfacer, salvo prueba en contrario, ambos requisitos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. Solamente no superarían el control de incorporación cuando se considere probado que el adherente no pudo conocer su existencia. (STS de 18 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.— Dos personas físicas suscribieron un contrato de préstamo hipotecario en el que se había incluido una cláusula suelo, y una novación modificativa del anterior, con una ampliación del capital prestado, también con una limitación a la variabilidad del tipo de interés. Un tercio del préstamo se destinó a cancelar un préstamo previo garantizado con una hipoteca sobre una vivienda, y los dos tercios restantes a la adquisición de un local comercial y una plaza de garaje anexa. Los prestatarios solicitaron la nulidad de las cláusulas suelo y la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en su aplicación. La entidad bancaria demandada alegó que no procedían los controles de transparencia y abusividad por no reunir los prestatarios la condición de consumidor, al haberse contratado el préstamo con la finalidad de adquirir un local comercial para su explotación empresarial.

En primera instancia se desestimó la demanda. La audiencia revocó esta sentencia al no haber probado la entidad demandada que la finalidad del préstamo fuera empresarial, y en que las cláusulas controvertidas no superaban el control de incorporación, al no entregarse a los prestatarios la oferta vinculante exigida por la Orden de 5 de mayo de 1994, ni haber realizado el notario una advertencia al efecto. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso por infracción procesal de la parte demandada, y desestimó el recurso de apelación interpuesto por la actora.

NOTA. La STS, de Pleno, de 27 de julio de 2022, continúa esta línea jurisprudencial en un supuesto en que la finalidad principal del préstamo estaba directamente vinculada a la actividad empresarial de los prestatarios. En la sentencia comentada se muestra la diferencia entre el control de transparencia, aplicable únicamente a consumidores, y el control de incorporación, que tutela a todo adherente, pues el primero no se supera con la claridad gramatical de la escritura, dado que en materia de transparencia lo relevante es la información precontractual, fase en la que el consumidor toma la decisión de contratar (cfr. SSTS 483/2018, de 11 de septiembre; 22/2021, de 21 de enero; y 22/2022, de 17 de enero, comentada en este número). No obstante, el artículo 5.5 LCCG parece haber mezclado el control de transparencia formal o control de incorporación, con el control de transparencia material, a raíz de la nueva redac-

ción que ha recibido por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, *reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (véase Gallego Domínguez, I., «El contrato. Introducción», en *Manual de Derecho civil*, II, dir. E. Llamas Pombo, Madrid, 2021, p. 269). (F. S. N.)

**15. La facultad de los tribunales para moderar la pena convencional.**— La facultad de los tribunales de moderar la pena convencional prevista en un negocio jurídico está prevista en el artículo 1154 CC. Se trata de un mandato cuya aplicación está sujeta a la concurrencia del supuesto de hecho previsto en tal precepto: que la obligación principal haya sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y la pena se haya previsto para el supuesto de incumplimiento total. Fuera de este caso, no cabe la moderación, pues hay que respetar la autonomía de la voluntad de los contratantes (art. 1255 CC) y el efecto vinculante de la *lex privata* (art. 1091 CC).

Desde una perspectiva *ex ante*, propia del juicio de validez de las cláusulas penales, proyectada a las que tienen función coercitiva, sancionadora o punitiva, su validez está sujeta a los límites generales de la autonomía privada establecidos en el artículo 1255 CC. Así, una cláusula penal no cumplirá este precepto cuando el exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla. Para ello, atenderá, sobre todo, a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Respecto de este tipo de cláusulas, se admite la reducción judicial conservadora de su validez, pues no tiene ninguna relación con lo dispuesto en el artículo 1154 CC. Además, la carga de alegar y de probar que la penalidad era, desde la perspectiva *ex ante*, extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada en los términos pactados (art. 217.3 LEC).

Desde una perspectiva *ex post*, propia del juicio de aplicabilidad, proyectada a las cláusulas penales con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios, y las que, teniendo también una función coercitiva o punitiva, no presenten el problema de validez señalado anteriormente, la jurisprudencia mantiene que, para que proceda la moderación, no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, *ex ante*, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate. En cambio, sí cabe la moderación judicial cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. En este caso, la carga de la prueba corresponde al deudor incumplidor que pretenda la moderación judicial de la penal (art. 217.3 LEC). (STS de 10 de diciembre de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]



HECHOS.— Se interpone demanda de juicio verbal de desahucio, por el arrendador, por expiración del plazo de vigencia contractualmente pactado en el contrato de arrendamiento, acumulando la acción de reclamación de cantidad por el importe total que resulta de aplicar 500 euros diarios, a cada uno de los que transcurran desde el 1 de marzo de 2016 del incumplimiento de la obligación de entregar el local arrendado, hasta el día que dicha entrega se haga efectiva. Dicha pena había sido pactada por las partes en el contrato.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda: 1) declaró resuelto el contrato de arrendamiento; 2) decretó el desahucio; 3) condenó a la demandada y a los fiadores a abonar a la demandante la cantidad de 150 euros diarios a calcular en ejecución de sentencia, desde el 2 de junio de 2016 hasta la fecha del efectivo desalojo. La parte demandante, alegando que la documental aportada probaba su clara e inequívoca oposición a la ocupación del local y que no procedía moderar la cláusula penal, interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia, que entendió que: a) dado que la pena, atendida su cuantía diaria, cuadruplica el importe de la renta, se produce un exceso de la cuantía sobre el daño previsible; b) dicho exceso no encuentra justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla, en atención a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido verse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor.

Disconforme con la sentencia, la demandante interpuso recurso de casación. Alega que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida sobre el artículo 1152 CC, en relación con el artículo 1154 CC, al haber moderado la cantidad pactada en la cláusula penal contenida en el contrato de arrendamiento, suscrita al amparo de los artículos 1255 CC y 4.3 LAU. Según la recurrente, teniendo en cuenta que la parte arrendataria incumplió una de las obligaciones esenciales del contrato de arrendamiento (la devolución del local al concluir el contrato) y que la cláusula penal pactada por las partes lo fue para garantizar dicha obligación, ha de entenderse que se dan los requisitos del artículo 1152 CC para que sea aplicable dicha cláusula. La demandada se opone a su aplicación, al considerar que el importe es excesivo, en comparación con los daños y perjuicios producidos, y que establece un enriquecimiento injusto. El Alto Tribunal estima el recurso de casación planteado por el actor. A su juicio, la cláusula penal pactada no tiene una función coercitiva, sancionadora o punitiva, sino que tiene una mera función de liquidación anticipada de daños y perjuicios. Siendo así, para que proceda la moderación contemplada en el artículo 1154 CC, la diferencia entre la cuantía de la pena a pagar y la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el incumplimiento debe ser tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la

cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Al no demostrarse esa desproporción, el Tribunal Supremo no considera procedente la moderación.

NOTA. La doctrina jurisprudencial sobre la moderación de la pena convencional por parte de los tribunales se ha recogido en las SSTs de 13 de septiembre de 2016, 18 de junio de y 17 de abril de 2015, 20 de noviembre de 2013, 23 de octubre y 17 de enero de 2012. (S. L. M.)

**16. Litisconsorcio pasivo necesario. Acción de resolución.**— Con el fin de constituir adecuadamente la relación procesal, quien se oponga a interponer conjuntamente la demanda, cuando ello sea necesario, debe participar en el proceso como demandado. En el caso de dos esposos que vendieron un inmueble perteneciente a la sociedad de gananciales, una acción de resolución con causa en dicho contrato posterior al divorcio podrá ser interpuesta por uno solo de los vendedores sin la concurrencia del otro, si este último consta como demandado. Esta solución es compatible con el artículo 12.2 LEC relativo al litisconsorcio pasivo necesario, ya que su fundamento deriva de la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico-materiales. (STS de 8 de febrero de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— En el año 1993 Diego y su esposa Macarena vendieron a su hijo Eugenio una nave industrial perteneciente a la masa de bienes gananciales. El pago del precio quedó aplazado debiéndose abonar en cinco anualidades. La cantidad aplazada devengaría, asimismo, cierta cantidad de intereses. En 2015 Diego envió a Eugenio un burofax donde le conminaba a reintegrar el inmueble debido a la falta del pago del precio. En junio de 2016 se dictó sentencia por el que se declaraba disuelto el matrimonio de Diego y Macarena y, por ende, la sociedad de gananciales. En noviembre de 2016 se interpuso la demanda de la que trae causa este procedimiento por la que Diego ejercitaba acción de resolución contra su hijo solicitando el reintegro de la nave, así como el pago de los intereses y una indemnización de daños. Por su lado, el demandado alegó que sí había pagado, aunque los recibos fueron firmados tan solo por su madre. Macarena apoyó a su hijo en el acto del juicio.

Si bien en primera instancia se afirmó la legitimación activa del actor, por considerar que, aunque se interpuso la acción resolutoria sin la concurrencia de su exesposa, esta podía redundar en beneficio de la sociedad postganancial, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y, a su vez la demanda. En este sentido, en segunda instancia se entendió que, al ser la acción de resolución un acto de disposición, requiere de la concurrencia de todos los comuneros.

La resolución de un contrato de compraventa es un acto de disposición cuyo ejercicio requiere del acuerdo unánime de todos los vendedores. No obstante, en el presente caso se da una situación de enfrentamiento entre ellos —divorciados y en fase de liquidación de la sociedad de gananciales—, por tanto la desestimación de la demanda por falta de legitimación activa provoca una situación de

bloqueo. La negativa a interponer la demanda a una persona que debería litigar junto a otra que, a su vez, no está dispuesta a hacerlo pondría en jaque la tutela judicial efectiva del primero. En definitiva, esta situación puede salvarse mediante el litisconsorcio pasivo necesario. (*J.F. L.M.*)

**17. Responsabilidad por vicios constructivos. LOE: La reclamación judicial por defectos constructivos no impide otra demanda posterior por daños estructurales diferentes.**— En una primera demanda se solicitó la reparación de los vicios constructivos comprendidos en el artículo 17.1 b) de la LOE, que afectaban a elementos comunes y privativos, con base en una pericial de un arquitecto técnico. Posteriormente, en otro procedimiento, se demandó por daños estructurales derivados de la responsabilidad del arquitecto propios del artículo 17.1 a) LOE, que no pudieron ser reclamados en el primer procedimiento. Todo ello supone que las circunstancias ulteriores, que no pudieron ser alegadas en el anterior proceso, permiten válidamente fundar en ellas una nueva acción judicial, cuando constituyan un objeto procesal distinto, sin que le alcancen los efectos de la cosa juzgada, ni la preclusión de alegaciones del artículo 400.2 LEC. Como expresa la STS de 22 de abril de 2004, cuando los hechos que sirvieron de fundamento a la primera decisión judicial cambien o se alteren *ex post*, desaparece la vinculación del juzgador que ha de dictar la segunda resolución, en tanto que la mutación sea suficiente para entender que lo ya juzgado no constituye antecedente necesario de lo que se debe juzgar. (**STS 17 de enero de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.— El propietario de una vivienda demandó a la promotora, al arquitecto y a sus respectivas aseguradoras, por vicios constructivos en su vivienda (privativos y comunes). A esta demanda se acumuló una nueva, presentada por otros propietarios, solicitando la reparación de vicios y defectos de construcción que afectaban a la cimentación y estructura del edificio. El juzgado estimó parcialmente las demandas interpuestas. En lo que respecta a la excepción de cosa juzgada planteada la rechazó por no constar *duplicidad de reclamaciones*. La audiencia desestimó el recurso sobre existencia de cosa juzgada porque ambos procesos no tuvieron el mismo, y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*C. O. M.*)

**18. Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Error en el consentimiento. Procede la devolución duplicada de anticipos declarada la nulidad del contrato.**— La obligación de devolución del duplo de la cantidad entregada como anticipo, en un contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turnos de bien inmueble de uso turístico, en contra de la prohibición legal de cobro de tales anticipos, es un efecto derivado del propio artículo 11 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Pese a que el precepto prevea la devolución doblada de estos anticipos en caso de desistimiento o resolución en el plazo legalmente previsto, en absoluto está condicionada a que se ejerciten estas facultades, de suerte que procede devolver el duplo, igualmente, cuando se declare la nuli-

dad de pleno derecho del contrato. **(STS de 7 de febrero de 2022;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.— Un consumidor adquirió unos derechos de aprovechamiento por turno Silverpoint Vacations, S.L., en 2003, para lo cual, además del precio, abonó unos anticipos, prohibidos por el artículo 11 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Dicho precepto ordena, también, la restitución doblada de estas cantidades en caso de instar la resolución del contrato, o el cumplimiento, en caso de incumplimiento, en tres meses. Años después, el consumidor interpuso demanda de nulidad de pleno derecho del contrato interesando la devolución del precio y de los anticipos doblados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial limitó la restitución del anticipo a lo abonado, no al duplo, pues no se había instado la resolución contractual. Frente a ello, se interpuso recurso de casación por vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia (SSTS de 20 de noviembre de 2015, 21 de julio de 2016 y 24 de abril de 2018).

Por su parte, el Tribunal Supremo reiteró su doctrina según la cual, declarada la nulidad del contrato, debe ordenarse el abono, no solo de las cuantías abonadas por el consumidor, sino también el duplo de los anticipos pagados contra la prohibición expresa del artículo 11 precitado. (*A. A. O.*)

**19. Responsabilidad civil en accidentes de circulación. Lesiones sobrevenidas: Baremo.**— Por sentencia de 10 de octubre de 2013, recogida en los hechos, se reconocieron 76 puntos por secuelas físicas. Es un hecho probado que concurrieron nuevas secuelas que no fueron evaluadas por la sentencia citada que puso fin al anterior procedimiento, por lo que debe reconocerse que se le ha denegado a la recurrente la indemnización por ellas, en lo que no supere los 100 puntos; en este caso 24 puntos (100-76). La reclamación por lesiones sobrevenidas en un nuevo procedimiento no faculta para obtener una indemnización que supere el límite de 100 puntos. Todo ello, a tenor del anexo del Real Decreto legislativo 8/2004 (en la redacción vigente en la fecha del accidente, el 8 de octubre de 2006), que disponía que el baremo aplicable era el incorporado a la LRCSCVM de 1995, en la redacción dada por la reforma de 2003 por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, *de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados*, que obligaba a puntuar y valorar separadamente las secuelas estéticas y fisiológicas, aun cuando luego se sumen las cantidades (SSTS de 20 de julio, 10 de octubre y 23 de noviembre de 2011); sin que el límite de 100 puntos para las fisiológicas resultase de aplicación a las estéticas (SSTS de 23 de abril de 2009; 535/2012, de 13 de septiembre; y 147/2016, de 10 de marzo). **(STS de 20 de enero de 2022;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.— La representante legal de la víctima interpuso demanda de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual derivada de accidente de tráfico por las lesiones sufridas por su representada. Por el Juzgado se dictó sentencia el día 10 de octubre de 2013. La parte actora volvió a ejercitar acción de res-

pensabilidad extracontractual con fundamento en la LRCSCVM, en la que solicitaba una indemnización adicional por importe total de 971.749,34 €, de los cuales, y en lo que aquí interesa, 321.641 € correspondían a la aparición de nuevas secuelas y agravación de las ya reconocidas en el anterior procedimiento, y 383.450,65 € a la situación de gran invalidez.

El juzgado estimó parcialmente la demanda y, en lo que aquí interesa, desestimó la reclamación por los anteriores conceptos. Esta sentencia fue confirmada por la audiencia. La actora interpuso recurso de casación, y el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación al considerar que procedía indemnizar a la demandante los 24 puntos correspondientes a nuevas secuelas sico-físicas que no fueron evaluadas en el anterior procedimiento y no superaban el límite de los 100 puntos

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

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**20. Derechos reales. Posesión. Acción sumaria de suspensión de obra nueva. Concepto de obra nueva.**– Una obra nueva en el sentido del artículo 250.1 5.º LEC se trata de una creación, fruto del esfuerzo humano, que produce una alteración en el estado de una cosa. Una obra requiere, por tanto, un comportamiento activo de un ser humano y en ella se valoran dos elementos: en primer lugar, su importancia, entidad o envergadura y, en segundo lugar, la rapidez de su ejecución. De ahí se deduce que se requiera una alteración considerable de la situación preexistente. Por otro lado, no debe identificarse «obra» con construcción siempre y en todo lugar, sino que actuaciones como excavaciones o perforaciones pueden entrar dentro de ese concepto. La ejecución de obras de arado, roturado, labranza y regadío en una finca que se ha venido usando para el pasto de ganado altera la situación posesoria. Es más, esta obra debe considerarse de una envergadura tal que puede variar el destino de la finca. (STS de 28 de febrero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.– Hilario es el arrendatario, y por tanto poseedor, de un terreno destinado a la ganadería extensiva cuyo uso se dedicaba al pasto de ganado bovino. Los dueños de la finca iniciaron sin el consentimiento del arrendatario una serie de obras de arado y preparación de la finca para labores agrícolas, sumadas a la ins-

talación del riego por goteo, en más de cuarenta hectáreas del terreno. Al considerar estas obras –que de terminarse constituirían un lanzamiento por la vía de hecho– como una perturbación de su pacífica posesión, interpuso una acción sumaria de suspensión de obra nueva.

La cuestión central radica en la consideración de los actos de los dueños como «obra nueva o no». Si bien en primera instancia se estimaron los pedimentos del actor, no fue así en segunda instancia, puesto que no se consideraron el arado y roturado de la finca como una obra nueva de la suficiente trascendencia y relevancia.

Cabe destacar que en esta sentencia el Tribunal Supremo estima igualmente el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal relativo a la falta de motivación de la sentencia de la Audiencia Provincial. Este órgano consideró que las obras en liza no tenían la suficiente entidad para estimar la acción de Hilario, no obstante, apenas motivó por qué los trabajos de arado y regadío no tenían tal consideración. Procede, pues, a anular la sentencia cuyo tribunal deberá dictar una nueva teniendo en cuenta la resolución del motivo de casación.

Todas las instancias que conocieron de este asunto afirmaron el carácter cautelar de esta acción negándose a enjuiciar aspectos relativos a la extensión del arrendamiento. Esta naturaleza parte del interés general en proteger la apariencia de titularidad de derechos que conlleva la posesión. Su respeto consiste en un deber general de abstención, que incluye la abstención de realización de obras indebidas. En el caso de la acción sumaria de suspensión de obra nueva no se discute el mejor derecho a la posesión, sino el derecho posesorio, dejando al primero para un procedimiento futuro. (*J.F. L.M.*)

**21. Nulidad y anulabilidad de los acuerdos adoptados en el ámbito de la propiedad horizontal.**– De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (STS 700/2013, de 6 de noviembre), los acuerdos contrarios a los estatutos de la Comunidad o a la Ley de Propiedad Horizontal al no ser radicalmente nulos, son susceptibles de sanación por el transcurso del plazo de caducidad establecido en su artículo 18 LPH. Asimismo, es doctrina jurisprudencial (STS 320/2020, de 18 de junio) que los acuerdos contrarios a otras leyes imperativas o prohibitivas serán considerados nulos de pleno derecho.

**Obligatoriedad de impugnación de los acuerdos de la Junta. Los «pseudo-acuerdos».**– El Tribunal Supremo defiende que no es necesario impugnar directa y formalmente un acuerdo de la Junta adoptado de forma improcedente. En concreto, recuerda que la aplicación del artículo 18 LPH no se extiende a los denominados «pseudo-acuerdos», que son aquellos que no corresponden a la competencia y ámbito de disposición de la Junta de propietarios. En este sentido, quedan excluidos de la competencia de la Junta: 1) Los actos que restrinjan o menoscaben el contenido esencial de la propiedad privativa (como constituir una hipoteca sobre todo el edificio); 2) Los actos que, aun teniendo por objeto exclusivo los elementos comunes, no formen parte de la gestión comunitaria, de entre los que se destacan «aquellos que perjudiquen el derecho de alguno de los condueños al adecuado uso y disfrute de su propiedad» (STS 320/2020, de 18 de junio).

**Obligación de realizar las obras de conservación necesarias.**— El artículo 10.1 LPH establece la obligatoriedad de realizar trabajos y obras necesarios para mantener y conservar el inmueble y sus instalaciones, así como la posibilidad de ocupar elementos comunes durante dichas obras. Estos trabajos no requieren de un acuerdo previo de la Junta de propietarios.

**Doctrina sobre el abuso de derecho.**— La doctrina del abuso de Derecho exige (STS 993/2006 de 1 de febrero) «una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna». Su apreciación exige anormalidad en el ejercicio del Derecho y la voluntad de perjudicar o la ausencia de interés legítimo. En concreto, el abuso de Derecho con relación al artículo 18 LPH consiste en la utilización de la norma con mala fe, generando un perjuicio para uno de los propietarios que no reviste en interés general de la Comunidad. (STS de 12 de enero de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.— Desde 2014, Edma Control S.L. es propietaria de un local comercial y de un garaje que anteriormente pertenecían a la sociedad Espiral S.L. En 1997, esta sociedad abrió un hueco y colocó una escalera metálica entre el local y el garaje, con el objetivo de permitir la comunicación entre ambos inmuebles, sin la autorización de la comunidad de propietarios. Sin embargo, esta obra fue legalizada administrativamente.

En 2015, Edma Control S.L. obtuvo una licencia de actividad para establecer un restaurante en el local y, para adecuar sus sistemas de evacuación de humos a la normativa antiincendios, llevó a cabo una serie de trabajos de termosellado de los conductos de ventilación. No obstante, de estos trabajos quedó pendiente la actuación en una rejilla en el techo del portal, por impedir el acceso al mismo una de las subcomunidades del edificio.

Posteriormente, el Ayuntamiento de Donostia requirió a Edma Control S.L. para ejecutar las obras de subsanación de las deficiencias de los conductos de ventilación bajo apercibimiento de cierre de la cocina del restaurante. Sin embargo, la subcomunidad volvió a impedir que se realizaran las obras, denegando la autorización para el acceso a la azotea y al portal necesario para la ejecución de las mismas. Asimismo, la comunidad acordó la prohibición de la actividad ajena al garaje y la remoción de su comunicación interna con el local de la planta baja.

Edma Control S.L. interpuso demanda contra la Comunidad de Propietarios en la que solicitaba que se condenase a la demandada a permitir la realización de los trabajos necesarios en las zonas comunes del edificio. La demanda se estimó tanto en primera instancia como en apelación. La Comunidad de Propietarios interpuso recurso de casación alegando la vulneración de los artículos 17, 18 y 19 LPH. Sostenía que la demandante no impugnó los acuerdos comunitarios que prohibían su acceso a las zonas comunes y vetaban la comunicación entre el local y el garaje y, por lo tanto, consideraba que dichos acuerdos habían sido sanados por el transcurso del plazo de caducidad. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (M. S. G.)

**22. Registro de la propiedad. Extensión y límites de las facultades de calificación del Registrador de la Propiedad.**— No entra dentro de las facultades del Registrador revisar la interpretación realizada por un tribunal, por más razonable o tuitiva que resulte la interpretación sostenida por la calificación litigiosa. (STS de 17 de diciembre de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.— Ejecutada una hipoteca sobre una vivienda habitual, por un importe inferior al 70% del valor por el que salió a subasta, con adjudicación al acreedor hipotecario, por ausencia de postores, por el 60% del valor de tasación (cantidad inferior a la debida por el consumidor), se presentó el testimonio del decreto de adjudicación del letrado de la administración de justicia para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Con todo, el Registrador denegó la inscripción puesto que la adjudicación, interpretó, debía haberse producido por el 70% o la cantidad debida por todos los conceptos (lo que no se deduce de la literalidad del art. 671 LEC). El acreedor impugnó la calificación negativa al entender que el Registrador se había extralimitado en sus funciones y por ser, la resolución judicial, ajustada al artículo 671 LEC. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial rechazó que el Registrador se hubiera extralimitado y sostuvo, además, que su interpretación del artículo 671 LEC fue acorde a la mejor doctrina que aconseja interpretar ese precepto a la luz del artículo 670.4 LEC.

Por el contrario, el Tribunal Supremo concibió que el Registrador se había extralimitado pues su «función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento, es decir, no puede juzgar sobre su procedencia». Así pues, aun siendo correcta la interpretación sistemática de la norma realizada por el Registrador y más tuitiva de los intereses del consumidor ejecutado, es la autoridad judicial quien está llamada y facultada para realizar esa valoración.

NOTA. La sentencia cuenta con el voto particular del Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile. En dicho voto, el magistrado explica que la propia exposición de motivos de la norma insistía en que la finalidad era que los deudores hipotecarios recibieran una contraprestación adecuada por el inmueble y que, siendo una vivienda habitual, no se ejecutara nunca por menos del 60% de su valor de tasación. Por lo tanto, coincide con el Registrador en que, a pesar de la literalidad del precepto, debía interpretarse que si la cantidad debida es inferior al 70% se adjudicará por el 60% o por todos los conceptos debidos si estos fueran superiores a ese 60%; y no por el 60% en todo caso, de modo que, si se debiera un 65%, el ejecutado siguiera debiendo un 5%. Además, insiste en que, el control en la calificación del cumplimiento de los porcentajes mínimos de valoración de la adjudicación está expresamente prevista en el artículo 132.4.ºLH y, a mayores, dado su carácter esencial, guarda relación con la debida congruencia con el procedimiento del artículo 136 RH. Por lo tanto, y siguiendo a la STS de 21 de noviembre de 2017, defendió que, entre las facultades del Registrador, se hallaba la comprobación de que la resolución judicial cumpliera con los



requisitos legales de preservación de los derechos de los titulares inscritos, lo que esta sentencia no hacía. (A. A. O.)

## DERECHO DE FAMILIA

**23. Momento inicial de prestación de la pensión de alimentos.**– El Tribunal Supremo afirma que, según su doctrina (STS 371/2018, de 19 de junio), no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en el que la pensión se fija por primera vez y aquel en el que esta ya existe y lo que se discute es la modificación de la cuantía. En el primer caso, los alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda, mientras que, en el segundo, la resolución desplegará su eficacia desde el momento en que se dicte. El Tribunal Supremo declara que no es necesario que la parte fije el *dies a quo* de la pensión alimenticia, pues, de acuerdo con el artículo 148 CC, esta se habrá de fijar desde la interposición de la demanda cuando es la primera vez que se determina. (STS de 23 de febrero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.– Beatriz interpuso demanda de juicio de divorcio contra Alejandro, interesando, entre otras cosas, la disolución del matrimonio y el establecimiento a cargo del padre de una pensión de alimentos de 150 euros respecto del hijo común. El Juzgado de Primera instancia estimó parcialmente la demanda sin fijar pensión alimenticia alguna. Esta resolución fue recurrida en apelación por Beatriz y la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso, fijando una pensión alimenticia a cargo del padre por importe de 120 euros mensuales. La parte actora instó la aclaración de la sentencia, solicitando que se fijara el devengo de la pensión desde la interposición de la demanda, dado que era la primera vez que se establecía. La aclaración fue desestimada por auto y Beatriz interpuso recurso de casación por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo relativa al momento inicial de prestación de la pensión de alimentos en los casos en los que se instaura por primera vez. El Tribunal Supremo estima el recurso. (M. S. G.)

**24. Extinción de pensión compensatoria pactada en el convenio regulador.**– Es doctrina del Tribunal Supremo que el principio de la autonomía privada (cuyo fundamento se encuentra en el art. 1 CE), que proclama la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, así como, en el artículo 10 de la referida Carta Magna, en tanto en cuanto reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, y, por ende, a establecer los pactos que se consideren convenientes para configurar las relaciones jurídicas privadas, no es ajeno al Derecho de familia (SSTS 572/2015, de 19 de octubre; 392/2015, de 24 de junio). En relación con las crisis matrimoniales, el Tribunal Supremo entiende que en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC, en relación con los arts. 90, 100 y 101 CC), los cónyuges, pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales [...]. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregula-

ción de las relaciones privadas (SSTS 116/2002, de 15 de febrero; 615/2018, de 7 de noviembre; 102/2022, de 2 de febrero). También es doctrina del Tribunal Supremo que estos pactos poseen carácter vinculante (SSTS 233/2012, de 20 de abril; 134/2014, de 25 de marzo; 678/2015, de 11 de diciembre; 142/2018, de 14 de marzo). **(STS de 21 de febrero de 2022;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.– El demandante insta se declare extinguido el derecho a la pensión compensatoria a favor de su exesposa que se pactó en el convenio regulador del divorcio en el que se determina que la pensión tendría vigencia indefinidamente, salvo que se produjera un cambio sustancial en las circunstancias, entre las que se incluía que la demandada contrajere un nuevo matrimonio.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda dejando sin efecto la pensión compensatoria al dar por acreditado que la demandada mantenía una duradera relación sentimental con un tercero.

Por los mismos motivos, la Audiencia Provincial, ratifico la sentencia de primera instancia.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la demandada. Entiende el Alto Tribunal que no procede la extinción de la pensión pues la demandada no ha contraído nuevas nupcias. (*M. Z. Z.*)

**25. Extinción de pensión compensatoria, fijada a favor de la demandada en un procedimiento de divorcio, por la superación del desequilibrio económico existente al tiempo de su fijación.**– El Tribunal Supremo entiende que en los negocios jurídicos familiares, entre los que se encuentra la pensión compensatoria en caso de divorcio, rige la autonomía privada (SSTS 392/2015, de 24 de junio; 572/2015, de 17 de octubre; 615/2018, de 7 de noviembre) y que, además, pueden contener tantos pactos típicos, como atípicos (STS 758/2011, de 4 noviembre) subrayando el carácter vinculante de los mismos. En definitiva, la doctrina del Tribunal Supremo considera que para determinar la procedencia o no de la extinción de la pensión compensatoria, lo relevante es que el valor vinculante de lo acordado, en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, esté regido por el principio de la autonomía de la voluntad (sentencia 678/2015, de 11 de diciembre) y valorar si ha cambiado o no la situación respecto al momento de concesión de la pensión. **(STS de 31 de diciembre de 2022;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.– El objeto del presente proceso consiste en la petición por parte del demandante de extinción de la pensión compensatoria, fijada a favor de la demandada en un procedimiento de divorcio, con base en la superación del desequilibrio económico existente al tiempo de su fijación.

Tras un primer proceso fallido, el actor formuló nueva demanda de modificación de medidas definitivas de la sentencia de divorcio, en la que solicitaba nuevamente que se dejara sin efecto la pensión compensatoria. En esta ocasión, el juzgado de primera instancia estima su pretensión, al considerar que las circunstan-

cias económicas de la demandada han mejorado, y reduce la cuantía de la pensión.

La demandada, no conforme con la resolución, interpuso recurso de apelación, el cual fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid revocando la anterior sentencia, manteniendo la pensión fijada en el convenio.

El demandante recurre esta última sentencia, interponiendo sendos recursos, extraordinario por infracción procesal y casación, que son estimados por el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal razona que las circunstancias determinantes del desequilibrio, analizadas en la sentencia de divorcio, y que justificaron en su día la concesión de una pensión compensatoria, de duración indefinida, no se mantienen en la actualidad, por lo que procede acordar la extinción de tal medida con efectos desde la fecha de esta sentencia. (M. Z. Z.)

**26. Pacto de atribución de ganancialidad.**— El pacto de atribución de carácter ganancial a bienes que pertenecían privativamente a uno de los cónyuges está comprendido dentro de la amplia libertad que el artículo 1323 CC, mediante este reintegro los bienes pasan de una masa patrimonial a otra.

**Derecho de reintegro del cónyuge aportante a la sociedad de gananciales.**— Para que nazca el derecho de reintegro o reembolso a favor del aportante no es preciso establecer expresamente el carácter oneroso de la aportación, ya que no hay razón para presumir una donación si no se dispone que lo sea. Por el contrario, si no se ha dispuesto a título gratuito ni se ha excluido el reintegro, la regla es que toda atribución real tiene su contrapartida obligacional y genera a favor del aportante un reintegro por el valor de lo aportado al tiempo de la aportación, valor que deberá actualizarse monetariamente al tiempo de la liquidación (tal como se establece reiteradamente en los arts. 1358, 1464 y 1398.2.º CC).

**El carácter oneroso de una aportación por los cónyuges a la sociedad de gananciales puede resultar tanto de hacerlo para contribuir a las cargas del matrimonio, como resultar de la solicitud de su tramitación fiscal.**— Tanto la aportación patrimonial de uno o ambos cónyuges a la sociedad de gananciales, para las cargas del matrimonio; como la solicitud de su tramitación fiscal, acogiéndose a la *exención* prevista en el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados *para las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal*, pueden ser determinantes para demostrar su carácter oneroso [debe tenerse en cuenta que cuando se otorgó la escritura de aportación de bienes la administración tributaria aplicaba a las aportaciones onerosas la mencionada exención, mientras que sometía a las aportaciones gratuitas a liquidaciones impositivas por transmisiones a título lucrativo]. (STS de 10 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.— La cuestión de este procedimiento consistió en si existía, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, un derecho de reintegro a favor del cónyuge que aportó bienes privativos a la sociedad de gananciales para el sostenimiento de las cargas del matrimonio, en virtud de un pacto con el otro cónyuge.

El juzgado entendió que no procedía porque en la escritura de aportación otorgada por los cónyuges no se decía expresamente que la aportación de los bienes tuviese carácter oneroso. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia, y el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del actor al establecer que debe incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a su favor por el valor de las aportaciones de bienes privativos por él realizadas, ya que de la escritura resulta con claridad que las partes estaban atribuyendo a la aportación carácter oneroso. (*I.D.–L.S.*)

**27. Régimen de separación de bienes. Compensación por trabajo en el hogar: Requisitos.**– El trabajo para la casa no es solo una forma de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, sino también un título para obtener, al finalizar el régimen de separación de bienes, la compensación prevista en el artículo 1438 CC. Su reconocimiento exige que uno de los cónyuges haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado en el hogar. En cambio, no se precisa que el otro cónyuge se haya enriquecido, pues el beneficiario de la compensación ha cumplido con su obligación legal a levantar las cargas familiares con el trabajo doméstico, y basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para que nazca la compensación (SSTS 534/2011, de 14 de julio, y 16/2014, de 31 de enero).

La dedicación al hogar debe ser exclusiva, pero no excluyente, por lo que el cónyuge que solicite la compensación puede haber compatibilizado aquella con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa; y también procede cuando tal dedicación, siendo exclusiva, tiene lugar con la colaboración ocasional del otro consorte, o con ayuda externa (STS 135/2015, de 26 de marzo).

La colaboración en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge, aun cuando medie retribución, no priva de compensación a quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, sobre todo cuando tal participación se organiza en función de las necesidades de la familia. Esta colaboración en condiciones laborales precarias puede considerarse como *trabajo para la casa* de acuerdo con el artículo 1438 CC (STS 252/2017, de 26 de abril).

**Criterios de cuantificación de la compensación por trabajo en el hogar.**– A falta de previsión capitular, será el juez quien deba fijar la cuantía de la compensación (art. 1438 CC), para lo que el Código Civil no aporta ningún criterio. La colaboración ocasional del otro cónyuge en el cuidado de la casa y la familia, o la ayuda de terceras personas, influyen en la cuantía de la compensación. Cabe determinar su importe en función del sueldo que cobraría una tercera persona por realizar el trabajo de la casa. Y distinguir durante el matrimonio diversos periodos en función de la intensidad de la dedicación al hogar que haya mediado por parte del solicitante. (**STS de 13 de enero de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.– Un cónyuge había trabajado para la casa desde la celebración del matrimonio (2001) hasta la separación de hecho (mediados de 2019). Se dedicó totalmente al hogar desde fecha del matrimonio hasta la incorporación de la menor de sus dos hijas al colegio, en septiembre de 2009. Desde diciembre de 2017 hasta junio de 2019 estuvo dada de alta como autónoma en la actividad de venta al por menor del otro consorte, pero nunca llegó a trabajar

en dicho negocio. Desde abril de 2019 se encontraba trabajando como camarera, por cuenta ajena, los fines de semana.

El juzgado fijó como compensación, por dedicación a la familia, la cantidad de 122.790,88.€ (inferior a la solicitada por la actora), para cuyo cálculo se tomó como base el SMI durante el periodo en que aquella dedicación fue más intensa, hasta septiembre de 2009; y a partir de esta fecha, el 70 % de la mencionada retribución. La audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a quien absuelve, con fundamento en que la actora no se había dedicado a la familia en exclusiva. La actora recurre en casación y el Tribunal Supremo estima el recurso al confirmar la sentencia de primera instancia.

NOTA.— Esta sentencia trata la polémica cuestión de los requisitos exigibles para la compensación por trabajo en el hogar *ex* artículo 1438 CC. Esta materia ha sufrido una evolución jurisprudencial. Así, la STS de 11 de mayo de 2005 requería que el otro cónyuge se hubiera enriquecido a costa del trabajo doméstico de su consorte, de tal forma que no procedía aquella compensación si el primero había dedicado todos sus ingresos al sostenimiento de la familia. A partir de la STS de 14 de septiembre de 2011 no se exige el aludido enriquecimiento, y con la STS de 26 de abril de 2017 el requisito de la exclusividad a las atenciones de la familia resulta compatible con la colaboración en la empresa del otro cónyuge, equiparándose esta participación al trabajo doméstico, pues ambos suponen una contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio. La doctrina mayoritaria es crítica a esta jurisprudencia al considerar que solo cabe la compensación cuando la dedicación al hogar excede de la regla de la contribución proporcional al levantamiento de las cargas prevista también en el artículo 1438 CC (véase Cuenca Casas, M., *Comentarios al Código Civil*, VIII, Valencia, 2013, p. 10.122; Asúa González, C., *Tratado de Derecho de familia*, Navarra, 2011, p. 91, y Gutiérrez Santiago, P., «Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el art. 1438 CC, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3, pp. 56 y ss.). Además, como señala Santos Morón, M.<sup>a</sup> J., *El régimen de separación de bienes. El régimen de participación*, en *Manual de Derecho civil*, V, dir. E. Llamas Pombo, Madrid, 2021, pp. 206 y ss., carece de sentido que se reciba como compensación una cantidad superior a la que habría correspondido de estar sujeto el matrimonio al régimen de gananciales o al de participación que los cónyuges han excluido deliberadamente. (F. S. N.)

**28. Filiación: maternidad no biológica por posesión de estado e interés superior del menor.**— Al tiempo de recaer la sentencia extractada, el artículo 7.3 LTRHA reconocía la posibilidad de determinar una segunda maternidad, distinta de la biológica, pero únicamente en favor de la esposa de la mujer gestante. Aunque jurisprudencialmente se había admitido la posibilidad de determinar esta filiación también por posesión de estado, *ex* artículo 131 CC (SSTS 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014), en esta sentencia el Tribunal Supremo matiza su doctrina, recalando la necesidad de que tal filiación se reconozca solo cuando lo requiera el interés superior del menor, valorado en cada caso concreto, y exigiendo un pro-

yecto de vida común de la pareja, con una posesión de estado constante confirmada por una relación materno filial continuada. (STS de 27 de enero de 2022; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**— Dos mujeres (A y B) unidas como pareja de hecho suscribieron un documento de consentimiento informado, sometiéndose la primera a un procedimiento de inseminación artificial sin aportación de gametos por la segunda. Fruto de dicho procedimiento nació C, que se inscribió en el Registro Civil como hijo solo de A y con sus apellidos. Con posterioridad A y B contrajeron matrimonio, pero a los pocos meses se separaron y A se fue a vivir a casa de sus padres con C. Iniciado el proceso de divorcio a instancia de A, B no compareció y fue declarada en rebeldía, recayendo sentencia que no contenía disposiciones sobre la patria potestad de C al partir de la base de que no existía descendencia común.

Transcurridos dos años, B inició un procedimiento judicial para que se la declare madre extramatrimonial de C, al que A se opuso. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, considerando acreditada la posesión de estado y declarando la filiación. Contra esta sentencia A interpuso recurso de apelación discutiendo la posesión de estado y la voluntad de B de ser madre de C y defendiendo que la filiación es contraria al interés superior del menor. El recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial, confirmando íntegramente la sentencia de instancia.

A interpuso recurso de casación por infracción de las normas relativas a la filiación, el cual es estimado por el Tribunal Supremo, negando la filiación de B. Razona nuestro Alto Tribunal que la determinación de una segunda maternidad distinta de la biológica requiere en principio que ambas mujeres estén casadas, conforme al artículo 7.3 LTRHA, que no era el caso de A y B al tiempo del nacimiento, y que la posibilidad de que se determine la filiación por posesión de estado en estos casos solo se admite de forma excepcional, cuando se acredite una relación materno filial continuada y vivida, sin que este fuera el caso.

**NOTA.**— Con posterioridad a la sentencia extractada, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI ha modificado los artículos 120 CC y 44 LRC (entre otros). De este modo, actualmente tanto el cónyuge como la pareja de hecho de la madre o persona trans gestante pueden declarar su conformidad al establecimiento de la filiación al tiempo de la inscripción del nacimiento o reconocerla extrajudicialmente ante el Encargado del Registro Civil, con independencia de su sexo. Es de reseñar, no obstante, que la reforma no ha alcanzado al artículo 7.3 LTRHA, lo que podría ocasionar dudas sobre la coordinación de estos preceptos. (C. C. S.)

**29. Acogimiento y vuelta del menor a la familia biológica.**— El principio de reinscripción del menor en la propia familia y el interés del menor aparecen recogidos en el artículo 172.4 CC y se aplican a la hora de proteger a los menores desamparados. No establecen mandatos genéricos por razón del

objeto, sino por razón del fin. Cuando se impugna la declaración de desamparo por la Administración, el juez debe valorar el cambio de las circunstancias que se haya producido con posterioridad al momento en que se produjo tal declaración, con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. El derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen y el derecho de los padres biológicos tienen dos características básicas: 1) no son principios absolutos cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado; 2) están subordinados al interés del menor. Así, las medidas que se adopten deben ser las más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural, pero este retorno no será aceptable cuando no resulte favorable a los intereses del menor.

Ese retorno exige que se haya comprobado previamente una evolución positiva de la misma. En este sentido, en los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse: a) el tiempo transcurrido; b) la integración en la familia de acogida y su entorno; c) el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. El artículo 20.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, atiende al beneficio que en abstracto puede reportar para los niños y adolescentes que el cuidado y la guarda sea asumida por personas de su familia. En muchos casos, puede proporcionar una mayor estabilidad de los menores, pero ello debe estar supeditado a la valoración del interés del concreto menor de que en cada caso se trate y de todas las circunstancias concurrentes. Por otro lado, el TEDH ha señalado, en el apartado 296 de la Guía sobre el artículo 8 CEDH, que la relación entre abuelos y nietos tiene una intensidad diferente a la que tienen los padres con sus hijos, por lo que requiere un menor grado de protección. (STS de 23 de febrero de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**— Los abuelos maternos de una niña, cuya tutela fue asumida por la entidad pública el 15 de enero de 2016, interpusieron una demanda de oposición a la resolución administrativa de 15 de septiembre de 2017 por la que se denegó el acogimiento de la niña por los abuelos y se suspendió el régimen de visitas que tenían concedido. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente su demanda, en el sentido de mantener la denegación del acogimiento, pero acordó la reanudación de las visitas.

La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, confirmando la decisión del Juez. Entendió que la decisión adoptada por la entidad pública era la más conveniente para el interés superior de la niña, por varios motivos: a) la falta de capacidad de los abuelos para cuidar adecuadamente de ella —cuando se confió a los abuelos la responsabilidad de supervisar de forma estricta el comportamiento de la madre, no reaccionaron como debían ante las situaciones de riesgo—; b) mantener esa decisión seguía siendo lo más recomendable a dicho interés superior, debido al buen acoplamiento de la menor en su familia de acogida durante un amplio período temporal.

Los abuelos interpusieron recurso de casación, alegando la vulneración de los artículos 15 y 18 CE y 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, 3.9 y 19 de la Convención de Derechos del Niño, y por la errónea inter-

pretación del artículo 172 CC. Solicitan que se establezca el acogimiento de la niña por los demandantes. Según el Tribunal Supremo, los principios que rigen el acogimiento y la vuelta del menor a la familia biológica deben adaptarse cuando los progenitores no pueden hacerse cargo de los hijos. En este caso, la madre tenía problemas de salud mental y terminó falleciendo, mientras que el padre se desentendió totalmente de la niña. Respecto de los abuelos, el Tribunal Supremo pone de manifiesto los siguientes hechos: 1) si bien al comienzo no se procedió por la entidad pública a declarar el desamparo de la menor, fue por el compromiso de los abuelos de supervisar a la madre; 2) posteriormente, ante una serie de circunstancias observadas durante el seguimiento realizado por la entidad pública, entre ellas, las carencias de los abuelos en esa labor de supervisión, se declaró su desamparo. Esa falta de control se evidenció en los distintos exámenes practicados a la menor con motivo de su internamiento en un centro infantil, actuación para la que los abuelos mostraron una absoluta falta de colaboración.

El Tribunal Supremo considera que la vuelta de la menor a la familia biológica supondría un evidente peligro para su desarrollo físico y afectivo, además de un riesgo de desubicación del entorno socio familiar, educativo y sanitario. Los informes periciales demuestran que la menor está adaptada a su nueva situación familiar y que el cese del acogimiento sería vivido por ella como un abandono y un rechazo de las personas que para ella suponen sus fuentes de seguridad y protección, lo que podría llevar a una regresión de todas las áreas de su desarrollo. Por tanto, el Tribunal Supremo concluye que se ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los intereses en juego en las distintas instancias, garantizándose que se proporcione a la niña el ambiente familiar y de estabilidad emocional necesaria. De ahí que acabe desestimando el recurso.

NOTA.— Respecto de la vuelta del menor a su familia de origen tras el acogimiento, se han dictado muchas sentencias. En ellas se han tratado las siguientes cuestiones: 1) el principio de reinserción del menor en la propia familia (SSTC 565/2009, de 31 de julio y 298/1993, de 18 de octubre); 2) las limitaciones del derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen (SSTS de 17 de marzo de 2016, 17 de febrero de 2012, 13 de junio de 2011 y 31 de julio de 2009); 3) las razones que desaconsejan el retorno del menor a la familia biológica (SSTS de 2 de diciembre de 2015 y 13 de junio de 2011). (*S. L. M.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

**30. Legado de cosa específica.**— La jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que con carácter general nuestro Código Civil, en línea con la tradición jurídica contenida en las Partidas ("luego que el testador es muerto pasa el señorío de la cosa mandada a aquel a quien es fecha la manda" –6, 19, 34–), establece que la titularidad sobre la cosa o derecho legados, siempre que sean algo específico y determinado, pasa recta vía del causante al legatario, esto es, como recuerda la doctrina, hay sucesión (particular) de causante, por el



legatario, sin mediación del heredero (SSTS 306/2019, de 3 de junio; 316/2019, de 4 de junio, y 199/2020; de 28 de mayo).

**Particularidades respecto al legado de participaciones sociales.**— El Tribunal Supremo, tras exponer su doctrina en relación con los artículos 882 y 885 CC, sobre el modo de adquirir los legados de cosa específica, entiende que en el caso de participaciones sociales deben concurrir, además, dos requisitos. Primero, para que la transmisión de las participaciones sociales tenga efectos frente a la sociedad, se requiere el conocimiento dicha transmisión por parte de esta. Así resulta del artículo 106. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital, al determinar que el adquirente de las participaciones sociales, a título pleno o limitado, podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que esta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen. Segundo, de conformidad con el artículo 104.2 LCS es necesario para el ejercicio de los derechos de socio estar inscrito como tal en el libro registro de socios. (**STS de 13 de diciembre de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.— Filomena y Josefina, legatarias de las acciones de Constantino en la Urbanizadora Villa de Turre S.L. interpusieron demanda de juicio ordinario contra esta porque, fallecido el titular de dichas acciones, se celebraron diversas Juntas Generales Extraordinarias «Universales» en las que se adoptaron varios acuerdos. Las demandantes, piden que se les declare socias de la mercantil señalada y también la declaración de nulidad de las citadas juntas celebradas y de los acuerdos en ellas adoptados, por no haber asistido Constantino.

Las sentencias de primera y segunda instancia estimaron la totalidad de las pretensiones de las demandantes pues entendían que no se cumplía el requisito esencial de la presencia o representación de la totalidad del capital social y de la totalidad de los socios, por lo que tanto las juntas como los acuerdos en ellas adoptados son nulos.

La urbanizadora demandada, interpuso recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo. (*M. Z. Z.*)

