

Sentencias

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

Colaboran: **Carlos CASTELLS SOMOZA (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Profesor titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Jose María MARTÍN FABA (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Nicolás MONTES SERRANO (Doctorando. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN (Profesora permanente laboral. Universidad de Burgos), Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTA-NA 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*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina de los actos propios.–El Tribunal Supremo consolida su jurisprudencia sobre la regla *tu quoque* como concreción de la doctrina de los actos propios, en virtud de la cual quien incurre en una determinada conducta antijurídica no puede reprochar a otro hacer lo mismo. Si ambas partes de un negocio lo incumplen desde el principio y de manera prolongada, pública y pacífica, se genera entre ellos la confianza de que luego ninguno pretenderá judicialmente su aplicación, siendo tal demanda contraria a los actos propios.

(STS 674/2023, de 5 de mayo; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—A y B celebraron en 2004 un acuerdo de socios para regular el funcionamiento del Consejo de Administración de varias sociedades limitadas que les pertenecían, estipulando las mayorías necesarias para determinados acuerdos. Pasados los años, A y C, que ostentaba el usufructo de participaciones en aquellas sociedades, acordaron modificar el sistema de administración, prescindiendo del Consejo de Administración y nombrándose a sí mismos administradores solidarios. En 2015, B demandó judicialmente la resolución del acuerdo de socios y la indemnización de los daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento de A.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó su demanda con apoyo en la doctrina de los actos propios, al considerar acreditado que el acuerdo no fue aplicado por ninguna de las partes durante más de una década, sino que ambos actuaban con independencia en sus tareas, aceptando tácitamente las gestiones del otro. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de B, corroborando la argumentación y apreciación de la prueba de la primera instancia. Consecuentemente, B procedió a recurrir dicha sentencia invocando dos motivos de casación: la incorrecta aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* y de la doctrina de los actos propios. Ambos motivos son desestimados, pues, según razona el Tribunal Supremo, la primera figura solo se analizó a modo de *obiter dicta* y no procede su discusión en casación, mientras que la doctrina de los actos propios, que opera como *ratio decidendi*, fue aplicada correctamente.

NOTA.—La regla *tu quoque* como límite al ejercicio de los derechos subjetivos conforme a la buena fe, también condensada a veces en la locución *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, es una regla consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La recogen y desarrollan, entre otras, las SSTS 104/1995, de 17 de febrero, 863/2010, de 27 de diciembre, y 120/2020, de 20 de febrero. (C. C. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor. Cesión de los datos de una persona física a una entidad de recobro para gestionar la reclamación de la deuda. Inexistencia de intromisión ilegítima, salvo que concurren circunstancias lesivas para la dignidad.—Es claro, con independencia de que el artículo 7.7 LOPDH (desde la modificación de su redacción por la DP 4.^a LO 10/1995, de 23 de noviembre) ya no mencione el requisito de la divulgación al que anteriormente aludía, que la cesión de los datos de una persona física a entidades de recobro con la sola y única finalidad de que puedan gestionar la reclamación de una deuda no constituye una intromisión ilegítima en el honor de la persona afectada, salvo que (como señalan las SSTS 452/2015,

de 16 de julio; y 615/2004, de 1 de julio, entre otras) las gestiones realizadas vayan acompañadas de circunstancias lesivas para la dignidad de la persona, al desplegarse actuaciones, hacer uso de medios o desarrollarse de tal modo que la lastimen menoscabando o perjudicando su honor, lo que en el presente caso no ha ocurrido al limitarse la entidad recurrida, a contratar empresas de reclamación de deudas que solamente se dirigieron al recurrente con tal finalidad y a través de comunicaciones escritas formalmente correctas. (**STS 809/2023 de 26 mayo**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—La actora interpuso una demanda de protección civil del derecho al honor contra una entidad bancaria por la cesión de sus datos personales a cuatro empresas de gestión de recobro de deudas y la consiguiente inclusión en registros de morosos. A su entender, dicha cesión de datos de impagos a las empresas de recobro junto con la indebida inclusión en el registro de morosos constituye una intromisión ilegítima de su derecho al honor, por lo que solicitó, con la demanda, el pago de una indemnización, más los intereses legales y las costas.

El Juzgado y la audiencia no apreciaron la demanda. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la actora al no apreciar daño al honor, al limitarse la entidad recurrida a contratar con empresas de reclamación de deudas que solamente se dirigieron al recurrente con tal finalidad y a través de comunicaciones escritas formalmente correctas. (*C. O. M.*)

3. Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.—En el presente caso el Tribunal Supremo estudia la colisión entre el derecho a la propia imagen de la demandante con el derecho a la información. Tras exponer la doctrina jurisprudencial que perfila los contornos del derecho a la propia imagen (SSTS 887/2021, de 21 de diciembre 593/2022, de 28 de julio, 788/2022, de 17 de noviembre y 250/2023, de 14 de febrero) y subrayar la importancia de la vinculación entre la información y la imagen que la acompaña (STS 697/2019, de 19 de diciembre) considera que la utilización no autorizada de fotos (visualizables en internet a través de distintos buscadores) de una funcionaria pública para ilustrar su supuesta implicación en las investigaciones judiciales llevadas a cabo por un delito de blanqueo de dinero, no guardan relación con los hechos delictivos, pero sí permiten su identificación. Además, las fotos no contienen información relevante sobre el elevado nivel de vida, objeto de información, con su correlativa conexión con el supuesto delito, pues son fotos de su vida estrictamente privada y de fechas anteriores notoriamente alejadas en el tiempo al momento en que los hechos objeto de información adquirieron relevancia pública, sobre las que no había dado su consentimiento. (**STS 1037/2023, de 27 de junio**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spielberg.]

HECHOS.—El proceso versa sobre la publicación, el 9 de octubre de 2019, en el diario «Periodista Digital», de una información relativa a la presunta implicación de la demandante Elsa en delitos de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico, con el titular: «Así es Elsa, la hija de un histórico del PSOE que acabó en el narco

pese a su sueldo público de 60.000 euros», con dicha información se incorporan sendas fotografías de la demandante sobre las que no ha dado su consentimiento, y que, según la demanda, se obtuvieron de la página de Facebook de su padre y de una tercera persona. La demanda se formula contra el medio Periodista Digital y su director.

El juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda declarando que las fotografías de la actora publicadas el pasado día 9 de octubre de 2019 en el diario «Periodista Digital» constituyen una intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen de Elsa y, condenando a los demandados a abonar solidariamente a la actora de la cantidad de 6.000 euros (no concede los 50.000 que pedía la demandante). Esta cantidad devengará los intereses legales del artículo 576 LEC. También les condena a retirar inmediatamente las fotografías de la actora del medio, así como de cualquier otro en el que hubiesen podido ubicar las fotografías objeto de esta litis, y a publicar, en la misma ubicación en la que en su día apareció las fotografías de la actora, el fallo de la presente sentencia omitiendo los datos personales de la misma, así como la fecha en la que se publicó las fotografías por la cual resultan condenados.

La Audiencia Provincial de Cádiz estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados y revoca la sentencia de la primera instancia desestimando íntegramente la demanda.

La parte actora interpuso recurso de infracción procesal y recurso de casación. El Alto Tribunal desestima el primero de ellos, pero estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que casa y deja sin efecto. También, estima en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que ratifica, con las salvedades de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a publicación de la sentencia condenatoria, y rebajar la condena impuesta a la suma de 4000 euros, todo ello sin imposición de las costas de segunda instancia. (M. Z. Z.)

4. Conflictos entre libertad de información y derecho al honor.—El Tribunal Supremo recuerda los criterios que deben ponderarse cuando entran en conflicto la libertad de información y el derecho al honor, con especial advertencia de que, si bien las personas jurídicas son titulares de este último derecho, su protección es menos intensa que en el caso de las personas físicas. En cuanto al requisito de veracidad, en particular, subraya que la misma debe predicarse de la noticia en los términos en que se publicó, sin que se admitan saltos lógicos para atribuirle un sentido distinto no veraz. (**STS 1044/2023, de 27 de junio;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 26 de julio y el 9 de agosto de 2020, la sociedad A publicó en su periódico sendas noticias de prensa sobre las actuaciones administrativas adoptadas para asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias acordadas a raíz de la pandemia de Covid-19. Ambas venían ilustradas con una fotografía de una intervención policial en un restaurante, cuyo logo se podía ver fácilmente. La sociedad B, titular de dicho establecimiento, interpuso demanda de

protección de su derecho fundamental al honor, argumentando que dicha imagen, junto con la noticia que la acompañaba, hacía parecer que el restaurante había sido sancionado por incumplir aquellas medidas, lo que no era cierto.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que la fama del establecimiento se había visto afectada y que la información no era veraz, siendo el error esencial del y no disculpable, por lo que estimó la demanda y condenó a la editorial a reparar la intromisión ilegítima y a indemnizar a la sociedad B los daños sufridos. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, a raíz del recurso de apelación de la sociedad A, si bien rebajó la cuantía de la indemnización. Finalmente, la sociedad A interpuso recurso de casación invocando una incorrecta ponderación de los derechos fundamentales en juego. El Tribunal Supremo estima su recurso, pues razona que del conjunto de las noticias y la fotografía solo se deduce que el restaurante fue objeto de un control policial, lo que es cierto, y no que fuera sancionado. (C. C. S.)

5. Colisión entre el derecho fundamental al honor y la libertad de expresión. Noción de derecho al honor.—El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal, entendida ésta como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, e impide la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente su descrédito.

El honor se ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Por su parte, la doctrina constitucional ha declarado que el honor constituye un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento; que el contenido del derecho al honor es lábil, fluido y cambiante; que este derecho protege frente a atentados en la reputación personal, entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella; y que el denominador común de todos los ataques o intromisiones legítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

Asimismo, el derecho al honor se ve afrentado sin duda cuando se atribuye a una persona conductas merecedoras del máximo reproche social, pues este derecho fundamental ampara la buena reputación de una persona protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o sean tenidas en el concepto público por afrentosas. En consecuencia, no cabe duda de que tal calificación merece la imputación a ciudadanos identificados de conductas punibles, trátese de infracciones administrativas, de irregularidades o, más destacadamente, cuando se trata de ilícitos penales.

Interpretación de la causa de inviolabilidad del artículo 71 CE.—La inviolabilidad de los parlamentarios se configura como un límite a la jurisdicción de carácter absoluto, en la medida en que impide exigir responsabilidad a los miembros de la cámaras, por las opiniones manifestadas y votos emitidos.

dos en el ejercicio de sus funciones; ahora bien, para que despliegue su manto protector, se requiere que se den los presupuestos fácticos y jurídicos que conforman dicha prerrogativa, que, desde luego, no comprende manifestaciones realizadas en condición de miembro del Gobierno.

La inviolabilidad de la que gozan los miembros de las asambleas legislativas por las opiniones y votos emitidos en su seno es reflejo de la que se garantiza al órgano al que pertenecen, siendo su finalidad la de asegurar el proceso de libre formación de la voluntad de la cámara en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, el nexo entre la prerrogativa y el ejercicio de las funciones parlamentarias es condición *sine qua non* para que opere la protección que aquella dispensa a los miembros de la cámara. En consecuencia, la prerrogativa decae cuando la cámara no actúa jurídicamente en el ejercicio de sus funciones, quedando entonces dicha actuación fuera de su ámbito de protección.

Interpretación del requisito referido a la necesidad de la identificación del afectado por manifestaciones susceptibles de vulnerar el derecho al honor.—Con carácter general, en los conflictos entre la libertad de expresión y de información y el derecho al honor y la intimidad, cabe apreciar la existencia de intromisión ilegítima siempre que la identificación del destinatario o el objeto de las expresiones resulte posible, siquiera para las personas de su círculo más próximo, por las referencias indirectas o las circunstancias concurrentes.

Elementos a tener en cuenta en el juicio de ponderación entre el derecho fundamental al honor y la libertad de expresión.—Se sobrepasan los límites tolerables de la libertad de expresión y se atenta contra el derecho al honor:

(i) Cuando las opiniones o juicios de valor (por definición, subjetivos y, como tales, al margen de la demostración fáctica) no versan sobre una cuestión de interés social o no gozan de una base fáctica suficiente sobre la que apoyar la opinión propia.

(ii) Se manifiesten a través de frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito.

(iii) En cualquier caso, las expresiones han de ser objetivamente injuriosas, tenidas en el concepto público como afrontosas, con el consiguiente descrédito o menosprecio para el demandante; puesto que la libertad de expresión no implica un derecho al insulto.

Desde esta perspectiva, prima el derecho al honor cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito.

Asimismo, en la ponderación necesaria para decidir sobre la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión, es relevante el dato de si las manifestaciones realizadas se han pronunciado en el curso de una intervención oral; o si, por el contrario, han sido vertidas con el sosiego y la meditación que es presumible en quien redacta un texto escrito que se destina a su publicación, lectura o conocimiento de terceros.

Consecuencias derivadas de la vulneración del derecho al honor.—Dada la presunción *iuris et de iure* de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso.

Se trata, por tanto, de una valoración estimativa que, en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental, ha de atender a los parámetros previstos en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que, en cada caso, tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio. En cualquier caso, no es el sueldo o ingresos del demandado lo determinante de la indemnización, sino el daño moral efectivamente sufrido por el actor. (**STS 910/2023, de 8 de septiembre;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Luis tiene un hijo en común con Celsa. En cinco ocasiones fue denunciado por Celsa por haber abusado sexualmente de su hijo, dando lugar a los correspondientes procedimientos judiciales, todos ellos archivados en fase de instrucción. A resultas de estos hechos, desde 2022 Celsa está siendo investigada como presunta autora de un delito de denuncia falsa.

Ante el incumplimiento por parte de Celsa del régimen de visitas fijado judicialmente, por auto judicial de 2017 se atribuyó al demandante la custodia del hijo menor, con fijación de un régimen de visitas a favor de la madre.

En 2020, Celsa fue condenada, por ocultarse con su hijo y sus traerse a la acción de la justicia, como autora de un delito de sustracción de menores.

El Gobierno concedió un indulto parcial a Celsa, «por razones de equidad y justicia» a propuesta de la Ministra de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros.

En la inauguración de la nueva sede del Instituto de las Mujeres, el día 25 de mayo de 2022, la Ministra de Igualdad pronunció las palabras siguientes:

«Hoy es un día importante y, por eso, creo que es de justicia, nunca mejor dicho, empezar celebrando ese indulto parcial que le hemos concedido a Celsa y la voluntad de este Gobierno, cada vez más firme, para proteger a todas las madres protectoras [...]. Como sabéis las madres protectoras sufren injustamente y, en muchos casos, suponiendo una vulneración de muchos de sus derechos, la criminalización y la sospecha por parte de la sociedad, cuando lo que están haciendo no es otra cosa que defenderse a sí mismas y defender a sus hijos e hijas frente a la violencia machista de los maltratadores.

En este caso, le debíamos ese indulto parcial a Celsa y creo que es otra nueva victoria de las feministas, porque cuando en este país ninguna institución y ninguna política pública respaldaba a las madres protectoras sí que había mujeres, pocas, cada vez más, defendiendo con pancartas, con su mano tendida, con su apoyo, con sus asociaciones feministas, poniendo dinero de su bolsillo, poniendo el cuerpo, exponiéndose a la criminalización, para decir: «no estás sola, yo sí te creo, y vamos a caminar juntas hasta que las instituciones protejan de forma efectiva a todas esas madres que se están defendiendo a sí mismas y también a sus hijos e hijas frente a la violencia machista». Así que enhorabuena colectiva porque ese indulto por supuesto que es victoria de Celsa, pero también es una victoria de todo el movimiento feminista. Y aquí está este Gobierno

de coalición feminista para saldar esa deuda que las instituciones tenemos con las madres protectoras».

Luis interpone demanda de protección civil del derecho al honor ante el Tribunal Supremo, contra la Ministra de Igualdad, como consecuencia de la publicación por parte de esta de un tweet, en el que comparte el vídeo del transscrito discurso.

La demanda es estimada por la Sala Primera del Tribunal Supremo por los siguientes motivos:

i) la identificación del actor, si bien no se hizo por su nombre y apellidos, no puede negarse, en su condición de pareja de la indultada y padre biológico de su hijo, lo que tuvo incluso repercusión previa en los medios de comunicación social, por la trascendencia de la noticia, atribución de la custodia al padre, condena de Celsa y proceso de concesión del indulto.

ii) las expresiones proferidas, afectantes al demandante, carecen de toda base fáctica, en tanto en cuanto se han archivado las distintas denuncias penales que se plantearon contra su persona.

iii) además del archivo de las causas penales por abusos sexuales, las palabras pronunciadas por la demandada son contrarias al derecho del demandante a ser tratado con la consideración que merece quien no ha sido declarado responsable por acto alguno constitutivo de violencia de género o doméstica.

iv) las palabras pronunciadas han sido debidamente preparadas, no son fruto de la precipitación o inmediatez propias de la contestación a una pregunta que no admite demora, y, además, son incorporadas a una página de una red social de la que es titular la Ministra.

v) las palabras proferidas contaron con un importante eco mediático y abrieron una polémica pública, al ser pronunciadas por una ministra del Gobierno de España, en un acto propio del ministerio que dirige, en la gestión de los intereses de la ciudadanía. Además, sus palabras se publicaron en la cuenta de su red social Twitter. (T. R. C.)

6. La libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa.—El Tribunal Supremo argumenta que la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión que se produce en el contexto de los procedimientos sancionadores constituye un «supuesto atípico», en la medida en la que no se desarrolla en un medio periodístico ni entorno público. En este contexto, junto a los mencionados derechos fundamentales se encuentra también el derecho fundamental a la defensa del artículo 24 CE (STS 144/2011, de 3 de marzo).

Es doctrina consolidada que, en el ejercicio del derecho de defensa, la libertad de expresión posee una singular cualificación y es especialmente inmune a restricciones, con excepción de aquellas que derivan de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios y descalificaciones gratuitas ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa (SSTC 205/1994, de 4 de agosto; 157/1996, de 6 de noviembre; 226/2001, de 27 de diciembre y STS 1056/2008, de 5 de noviembre).

Límites de la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa. Proporcionalidad, conexión funcional y falta de difusión pública.—Para que las expresiones empleadas en un escrito judicial o sancionador

se encuentren amparadas por la libertad de expresión deben estar conectadas funcionalmente con el propósito de defender los derechos o intereses de la parte que las emplea. Además, deben ser proporcionales con esta finalidad, no quedando protegidas por este derecho las expresiones desmesuradas u objetivamente ofensivas. En este sentido, es doctrina del Tribunal Constitucional (STC 142/2020, de 19 de octubre) que, en el ejercicio del derecho de defensa, es admisible que las partes den muestra de una «mayor beligerancia en los argumentos», haciendo uso de apreciaciones con un alto grado de subjetividad, siempre que se encuentren conectadas con los hechos que se denuncian (STS 681/202, de 15 de diciembre).

Por último, el Tribunal Supremo afirma que la falta de publicidad de la queja es un factor determinante en la ponderación de estos derechos. Así, cuando un escrito de defensa se presenta en el marco de un procedimiento disciplinario o judicial y no es difundido públicamente, el impacto sobre el derecho al honor se reduce significativamente (STS 243/2018, de 24 de abril).

Archivo de la queja y vulneración del derecho al honor.—El archivo de una queja no implica que su presentación, *per se*, haya supuesto una intromisión ilegítima en el honor de la persona a la que se dirige. Es el contenido de los escritos el que debe ser analizado para determinar si esta vulneración existe o no. (STS 1058/2023, de 29 de junio; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Agapito interpuso demanda de juicio ordinario contra Gloria y Aureliano, para quienes había ejercido como letrado. Fundaba sus pretensiones en que los demandados habían presentado dos quejas ante el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) en las que se vertían expresiones injuriosas que atentaban contra su honor. Solicitaba que se retractaran de los calificativos vertidos en relación con su actuación profesional, así como una indemnización de 89.669,48 euros.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por no apreciar intromisión ilegítima en el derecho al honor de Agapito, sino ejercicio legítimo por parte de los demandados de la presentación de una queja. Agapito recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial, que confirmó esta decisión. Finalmente, el actor recurrió en casación alegando la infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la infracción de los artículos 18.1 y 20.1 CE. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (M. S. G.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. No es de aplicación la normativa de protección frente a las cláusulas abusivas cuando los prestatarios carecen de la condición de consumidores.—En el presente caso, ninguno de los demandantes, miembros de la misma familia, tenía la condición de consumidor cuando concertaron los distintos préstamos litigiosos, pues no dedicaron el capital obtenido a activida-

des de consumo, sino que los solicitaron para aplicarlos a actividades empresariales, o para obtener un rendimiento económico a través de una actividad a la que se dedicaban con habitualidad. En concreto, queda acreditado que el préstamo formalizado en escritura de fecha de 16 de julio de 2009, sobre cuyo destino únicamente consta en la escritura «finalidades diversas», era para aportar liquidez a una empresa propiedad del actor. Respecto del préstamo formalizado en escritura pública de 13 de septiembre de 2006, no se ha demostrado la realidad del destino que le atribuyeron los demandantes, pues no ha quedado acreditado que la finca a cuyo pago se aplicó el dinero de este préstamo hubiera sido adquirida con la finalidad de que el prestatario estableciera en la misma su domicilio con motivo de una separación en cierres, que no llegó a formalizarse. En lo que se refiere al préstamo formalizado en escritura de fecha 28 de febrero de 2008, el documento señala que no se trata de una rehabilitación de finca aislada. Así mismo, queda probado que el alquiler de viviendas era una actividad a la que se dedicaban habitualmente los demandantes, circunstancia que se infiere del hecho de que ninguno de ellos tenía su domicilio en las viviendas compradas o rehabilitadas con los préstamos, del reconocimiento por parte de los actores de la explotación en alquiler de varios pisos y de la situación de alquiler de las fincas hipotecadas en las escrituras de 2006 y 2008 cuando se celebró el juicio. Por tanto, acreditado el destino mercantil del préstamo formalizado en escritura de fecha 16 de julio de 2009, la aplicación a la adquisición o rehabilitación de fincas para posterior alquiler de los préstamos documentados en las escrituras de 13 de septiembre de 2006 y 28 de febrero de 2008, y también que el alquiler de fincas es una actividad a la que se dedicaban habitualmente los demandantes, ninguna de las operaciones encuentra cobertura en la legislación de consumidores y usuarios. En consecuencia, la exclusión de la cualidad de consumidores en los demandantes hace improcedente la realización de los controles de transparencia y abusividad pretendidos en la demanda. (**STS 1110/2023, de 7 de julio;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El día 13 de septiembre de 2006, Margarita y Ramón concertaron con BBVA un contrato de préstamo hipotecario, por importe de 56.600 euros, para financiar la adquisición de una vivienda. El 28 de febrero de 2008, Pio, casado con Margarita, concertó con BBVA un crédito con límite de 165.000 euros para financiar la rehabilitación de una finca, así como para dotar al acreedor de una línea de crédito para futuras financiaciones. El día 16 de julio de 2009, Pio concertó con BBVA un contrato de préstamo hipotecario, por importe de 20.000 euros. El tipo de interés de estos tres préstamos era variable y todos contenían una cláusula suelo.

Los prestatarios formularon demanda contra BBVA, en la que solicitaban la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en los contratos reseñados y la condena a BBVA a devolver las cantidades abonadas en exceso en aplicación de las cláusulas suelo, con los intereses legales desde la fecha de pago.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, la cual fue recurrida en apelación por BBVA.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda.

Contra la sentencia de apelación, los demandantes interponen un recurso de casación, el cual es desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

8. El carácter receptivo del requerimiento previo de pago no exige la fehaciencia de su recepción.—La doctrina del Tribunal Supremo sobre el carácter receptivo del requerimiento previo de pago no exige la fehaciencia de su recepción, puesto que esta se puede considerar fijada a través de presunciones, siempre que exista garantía o constancia razonable de ella. Es lo que sucede en el presente caso, puesto que en ningún momento se ha negado que el domicilio de la demandante coincidiera con la dirección de destino indicada en la comunicación o argumentado que esta se hubiera malogrado por razones achacables al servicio postal de correos. Tampoco es reprobable el sistema de comunicación seguido por la demandada, que opera un número ingente de comunicaciones y que realiza un proceso postal integral. Asimismo, atendidas las circunstancias del caso, no puede equipararse el supuesto enjuiciado con otros en los que la comunicación fue remitida a una dirección postal de la que fue devuelta por ser el destinatario desconocido o donde anteriormente ya se había producido una devolución por la misma circunstancia, lo que sí cuestiona la garantía de la recepción. (STS 863/2023, de 5 de junio; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—Rosalía interpuso contra Cajamar una demanda, solicitando que se declarara que la demandada había cometido una intromisión ilegítima en su derecho al honor al comunicar y mantener sus datos inscritos en un fichero de solvencia patrimonial por una deuda inexistente y sin haber efectuado un requerimiento de pago previo.

Cajamar se opuso a la demanda alegando que la demandante era deudora de la entidad por descubierto en cuenta corriente e impago de préstamo; que se le había informado de la deuda existente y advertido de la inclusión de sus datos en los ficheros de incumplimiento de obligaciones dinerarias; que la entidad Experian Bureau de Crédito, S.A., le había remitido sendas comunicaciones en tal sentido; y que no constaba que dichas comunicaciones hubieran sido devueltas por parte del servicio de correos.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda al considerar que la demandada no había acreditado la existencia de la deuda y del requerimiento de pago previo a su inclusión en el fichero, por lo que concurrían las circunstancias determinantes de la vulneración del derecho al honor invocada.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandada. La Audiencia Provincial acogió el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda, al considerar acreditada la existencia de una deuda cierta, vencida y exigible, y de los requerimientos de pago con la advertencia de que caso de no ser atendidos darían lugar a su posible inclusión en un fichero de morosos.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el demandante interpone un recurso de casación, el cual es desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

9. Demanda de desahucio por no pago de rentas. Ejercicio cláusula *rebus sic stantibus*. Retardo justificado en el no pago de rentas. Teoría de los actos propios.—El Tribunal Supremo establece que, en los juicios plenarios, la mera referencia a la cláusula *rebus sic stantibus* como excepción en el escrito de contestación no es suficiente para justificar un pronunciamiento específico sobre ella (STS 822/2012, 18 de enero). Para que sea procedente, su ejercicio requiere una formulación expresa a través de una demanda reconvencional (STS 658/2012, 14 de noviembre). Además, el Tribunal Supremo sostiene que no puede reprocharse a las partes una actuación contraria a sus propios actos, ya que los hechos previos desmienten cualquier voluntad de revisar la renta o aplazar el pago de las cantidades pendientes más allá de la oferta inicialmente rechazada por las recurrentes. Por otro lado, la interposición de la demanda no puede considerarse un acto incompatible con la existencia de negociaciones previas orientadas a evitar la judicialización del conflicto. (**STS 996/2023, de 19 de junio;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—El 26 de junio de 2020, los arrendadores presentaron una demanda de juicio verbal de desahucio por falta de pago y reclamación de cantidad contra Catella Property Spain S.A. y Catella Asset Management Iberia S.L., basándose en el contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda celebrado el 1 de mayo de 2014. Las partes demandadas contestaron argumentando que el retraso en el pago de las rentas estaba justificado por las alteraciones extraordinarias e imprevisibles de las circunstancias en las que se basó la relación contractual, invocando la aplicación de la doctrina jurisprudencial *rebus sic stantibus*. Además, señalaron que los demandantes interpusieron la demanda mientras se negociaba la revisión o aplazamiento de las rentas, lo cual, según ellos, era contrario a la doctrina de los actos propios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Tras la apelación, la Audiencia Provincial de Madrid acoge el recurso presentado por la parte demandante y estima la demanda interpuesta, al considerar que no existe una contravención en los propios actos de parte del demandante. El Tribunal Supremo rechaza íntegramente el recurso de casación interpuesto por los demandados, señalando que la cláusula *rebus sic stantibus* debe ser alegada mediante la demanda reconvencional y que no hay inconsistencia en el actuar del demandante. (*N. M. S.*)

10. El criterio de plena indemnidad en la indemnización del lucro cesante derivado de las lesiones personales sufridas en un accidente de aviación.—El Tribunal Supremo, tras aludir a la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 901/2021, de 21 de diciembre, que subraya el carácter orientativo del baremo en otros campos ajenos a la responsabilidad por el uso y circulación de vehículos de motor, y tras examinar lo establecido en el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, y en el Reglamento (CE) núm. 2027/1997 del Consejo de 9 de octubre de 1997, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, determina que el sistema de indemnización de muerte y lesiones

corporales establecido en ellos responde al principio de plena indemnidad de la víctima, por lo que no procede establecer límites a la indemnización.

Devengo de intereses del artículo 20 LCS.—Sobre esta cuestión el Alto Tribunal sostiene que la sentencia recurrida sí tuvo en cuenta el pago de «anticipos», las «consignaciones judiciales» y el «efectivo abono» como fechas finales del devengo de intereses de las cantidades anticipadas, consignadas judicialmente o efectivamente pagadas. (**STS 963/2023, de 14 de junio;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Varios supervivientes y familiares de víctimas de un accidente aéreo interpusieron una demanda contra Mapfre, aseguradora de la responsabilidad civil de la aeronave siniestrada, en la que ejercitaron la acción directa prevista en el artículo 76 LCS. Solicitaban indemnizaciones por el fallecimiento de sus familiares o por los daños y perjuicios sufridos por ellos mismos, así como los intereses del artículo 20 LCS.

El juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda y condenó a Mapfre a indemnizar a los demandantes en las cantidades resultantes de aplicar el baremo de accidentes de tráfico con determinado incremento, que devengaría el interés del artículo 20 LCS desde la fecha del siniestro. Además, puntualiza que las sumas serían reducidas con los anticipos pagados por Mapfre. Ambas partes recurrieron la sentencia.

La Audiencia Provincial de Madrid estimó en parte el recurso de los demandantes y modificó en la sentencia la cuantía de algunas indemnizaciones y, en concreto, fijó las indemnizaciones por lucro cesante en las cantidades que resultaban de los informes periciales aportados por los demandantes.

Mapfre interpuso sendos recursos de infracción procesal y de casación, ambos desestimados por el Tribunal Supremo. (*M. Z. Z.*)

11. Responsabilidad por defectos constructivos: compatibilidad de la acción derivada del artículo 17 LOE con las acciones por incumplimiento contractual para reclamar frente al promotor-vendedor la reparación de defectos prescritos o manifestados una vez transcurridos los plazos de garantía de la LOE.—Al igual que ocurría con el artículo 1591 CC, la responsabilidad de los intervenientes en el proceso constructivo que impone la LOE resulta compatible con el ejercicio de acciones contractuales derivadas del artículo 1101 CC y concordantes cuando, entre actor y demandados, media vínculo de tal naturaleza. De forma expresa, lo autoriza además el artículo 17.7 LOE. El promotor-vendedor resulta responsable, en virtud del contrato de compraventa suscrito con los adquirentes, de entregarles el edificio en condiciones de servir para el uso que le es propio, por tanto, sin defectos constructivos. Tales acciones contractuales permiten a los adquirentes reclamar del promotor-vendedor la reparación de defectos respecto de los que ha prescrito la acción *ex artículo 18 LOE*, o de los manifestados fuera de los plazos de garantía del artículo 17 LOE (STS 710/2018, de 18 diciembre, con cita de otras). El plazo de prescripción aplicable a estas acciones contractuales fundadas en el artículo 1101 CC es el previsto en el artículo 1964 CC. (**STS 646/2023, de 3 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En 2016 la comunidad de propietarios de un edificio interpuso demanda frente a la entidad promotora-vendedora reclamando la reparación de desprendimientos generalizados en su fachada, con fundamento en la responsabilidad contractual de la demandada frente a los compradores. El certificado final de la obra fue emitido en julio 2004, y la licencia de primera ocupación en enero de 2005. Los defectos fueron comunicados, por primera vez, a la promotora en diciembre de 2012. La demandada alegó el transcurso de los plazos previstos en la LOE, y que no asumió una obligación de hacer, propia de un contrato de obra, sino únicamente de dar, en virtud de las compraventas celebradas, la que habría cumplido. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia acogió el recurso de apelación interpuesto por la demandada, al considerar que se trataba de defectos meramente estéticos, y ocultos, por lo que la acción estaría prescrita (art. 1490 CC). La Comunidad de Propietarios interpuso recurso de casación articulado en varios motivos. El Tribunal Supremo casó la sentencia.

NOTA.—Esta sentencia resuelve la reparación de defectos constructivos a través de las acciones por cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa que une al promotor-vendedor con los adquirentes de lo edificado (art. 1101 CC y concordantes). La acumulación de estas acciones ha sido tradicionalmente admitida en aplicación del artículo 1591 CC (cfr., entre otras, SSTS de 8 de octubre de 1990, 28 de enero de 1994, y 21 de marzo de 1996). Debe alabarse la subsistencia de estas acciones por ser insuficientes los plazos de garantía de la LOE, particularmente el plazo trienal y su cómputo desde la recepción de la obra, lo que puede provocar incluso su premoriencia a la compra del inmueble; importancia que no poseían bajo el artículo 1591 CC, dada la amplitud de plazos que suponía. Sin embargo, algunos autores limitan las acciones contractuales al ámbito no cubierto por la LOE (*vid.* Díez-Picazo, L., «Ley de Edificación y Código civil», *ADC*, 2000-I, pp. 20-21, y Ruiz-Rico Ruiz, J. M. y Casado Casado, B., «Defectos constructivos: sobre la plena vigencia de la Ley de Ordenación de la Edificación respecto de todo tipo de obras, sea cual sea la fecha de solicitud de licencia de obra», *La Ley*, 2006-IV, p. 1478, notas 3 y 4). Las acciones contractuales, entiendo, no producen un vaciamiento de la LOE, aunque tutelen defectos constructivos manifestados tras el plazo de garantía trienal, puesto que requerirán vínculo contractual y no se verán beneficiadas de las presunciones de carácter originario de los defectos, que suponen los plazos de garantía. Para más detalles, *vid.* Santana Navarro, F., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», *ADC*, 2019-II, pp. 375 a 382, y 393). (F. S. N.)

12. Responsabilidad por defectos constructivos (art. 17 LOE): necesidad de manifestación de los defectos durante los plazos de garantía, e imposible acumulación de estos plazos al de prescripción contemplado en el artículo 18.1 LOE.—La necesaria coordinación entre los artículos 17.1 y 18.1 LOE exige que el daño material se produzca en el plazo de garantía y que, una vez manifestado en tal periodo de tiempo, la acción se

ejercite dentro del plazo de dos daños (STS 13/2020, de 15 enero). Los plazos señalados en el artículo 17.1 LOE, no son de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege* es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de estas (STS 451/2016, de 1 julio). Los plazos de garantía y el de prescripción, responden a distintos conceptos, pues los primeros obedecen a un presupuesto de responsabilidad, y el segundo a uno de accionabilidad. Por ello, no puede operarse la acumulación de ambos y, sin necesidad de agotar los plazos de garantía, el plazo de prescripción de dos años comenzará a correr desde la producción de los daños (STS de 5 de julio de 2013). (**STS 1211/2023, de 25 de julio;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—La Administración General del Estado interpuso demanda de reclamación del coste de las reparaciones que, obligada por el Ayuntamiento de Zaragoza, tuvo que ejecutar para corregir los graves desprendimientos de piezas cerámicas que padecía el Pabellón de España en la Exposición Internacional Zaragoza. Concretamente, frente a tres entidades que habían asumido la construcción de tal obra, su proyecto y dirección. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda ya que los daños reclamados, incardinables en el artículo 17.1 b) LOE, se manifestaron una vez transcurrido el plazo de tres años desde la recepción de la obra. La Audiencia estimó en parte la apelación, al apreciar una defectuosa ejecución y supervisión de la obra, por lo que condenó a la constructora y a la dirección de obra, a pesar de que considera que la recepción de la obra tuvo lugar en mayo de 2008, y los defectos se empezaron a manifestar en octubre de 2011, por tanto, transcurridos tres años. Las entidades condenadas interponen recurso de casación con fundamento en la infracción del artículo 17.1 b) y 18.1 LOE. El Tribunal Supremo casó la sentencia. (*F. S. N.*)

13. Requisitos propios del contrato de transacción. El consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente. Cobro indebido. Obligación de restitución.—El Tribunal Supremo establece que el documento suscrito por la partes no puede considerarse una transacción, ya que no existen concesiones reciprocas entre ellas. Argumenta que el sobreseimiento del procedimiento, como consecuencia del pago de la deuda garantizada, no constituye una concesión realizada por el demandado, puesto que es un efecto natural de la finalidad solutoria del procedimiento. Además, está posibilidad está expresamente prevista en el artículo 693.3 LEC. Asimismo, la transacción, al ser un contrato que implica la renuncia al ejercicio de acciones judiciales, requiere que la manifestaciones de voluntad que lo integren sean claras, terminantes e inequívocas (STS 471/2021, de 29 de junio). (**STS 720/2023, de 12 de mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 9 de marzo de 2015, Abanca Corporación Bancaria S.A., inicia un procedimiento de ejecución hipotecaria sobre

la vivienda de Roque, debido al no pago de un préstamo hipotecario celebrado el 11 de noviembre de 2005 entre Abanca, Roque y su entonces esposa. El 26 de junio de 2015, Roque pago la suma adeudada de 196.288 euros, tras lo cual Abanca solicita la terminación del citado procedimiento de ejecución. Posteriormente, Roque demanda a Abanca solicitando el reintegro de 6.647,15 euros, los que fueron cobrados indebidamente en concepto de costas. Subsidiariamente, solicita la declaración de enriquecimiento injusto y la condena de su reembolso; y de manera subsidiaria, la declaración de la existencia de abuso de derecho y la correspondiente indemnización de perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Oviedo revocó la sentencia y condenó a la parte demandada a reintegrar la suma solicitada, al considerar que en el caso se cumplían todos los requisitos de la acción de restitución consagrada en el artículo 1895 CC. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto por Abanca, explicando que el documento firmado por las partes el 26 de junio de 2015 no puede considerarse un contrato de transacción, dado que no hubo concesión alguna por parte del recurrente. Además, no existió una manifestación inequívoca de voluntad tácita por parte del demandante que permitiera inferir la existencia de una manifestación tácita de voluntad. (*N. M. S.*)

14. Ejecución de prenda sobre acciones. Deuda remanente.—Las partes incluyeron en el contrato de prenda de acciones una estipulación que establecía distintos procedimientos de ejercicio de la acción real pignoraticia, entre ellos el previsto en el artículo 11 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. Con arreglo a este régimen legal, en caso de que se produzca un «supuesto de ejecución», el beneficiario o acreedor puede ejecutar la garantía financiera pignoraticia, cuando ésta consiste en «valores negociables u otros instrumentos financieros» mediante su venta o «apropiación», con «compensación de su valor o aplicación de su valor al cumplimiento de las obligaciones financieras principales». Y para acudir al procedimiento de «apropiación» es necesario que se cumplan dos condiciones: (a) que «se haya previsto entre las partes en el acuerdo de garantía financiera», y (b) que «las partes hayan previsto en el acuerdo de garantía las modalidades de valoración de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito». Ahora bien, en el caso enjuiciado ninguno de los intervinientes en el contrato de prenda estaba incluido en el ámbito de aplicación subjetivo delimitado por el artículo 4 del Real Decreto-ley 15/2005. Por tanto, si el Real Decreto-ley 15/2005 no era aplicable al caso, tampoco el mecanismo de ejecución por «apropiación», que de hecho no fue el elegido para ejecutar la prenda por la acreedora, que optó por el sistema de subasta pública notarial (arts. 1872 CC y 72 ss. LN). En consecuencia, en el caso litigioso no concurrió la única hipótesis (ejecución por apropiación) para la que se contemplaba la aplicación del pacto de fijación del precio de la acción. Por tanto, resulta improcedente extrapolar una previsión contractual pactada en contemplación a la hipótesis de ejercicio de la acción real pignoraticia por un procedimiento

concreto (ejecución por apropiación) a una hipótesis distinta (ejecución por subasta), que ni exige esa misma previsión contractual (fijación del método de valoración), ni resulta compatible con su naturaleza jurídica y régimen legal propio. En efecto, no puede pretenderse que, una vez adjudicadas las acciones pignoradas en subasta pública, mediante un procedimiento de realización forzosa, se haga tabla rasa de la regulación propia de este procedimiento y se sustituyan los precios de adjudicación resultantes de la libre concurrencia propia de la subasta por el valor de las acciones fijado en un contrato para la hipótesis de que el acreedor ejecutante optase por ejercer la facultad de ejecutar la garantía mediante «apropiación», sin pública concurrencia de las acciones. (**STS 1033/2023, de 27 de junio;** ha lugar.) [PONENTE EXCMO. SR. D. JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE.]

HECHOS.—Anangu S.L.U., como acreedora pignoraticia, interpuso una demanda contra Neuer S.L. y Rafcon S.L.U., en la que solicitaba la condena solidaria de las demandadas a pagar a la demandante una suma dineraria, correspondiente a la deuda remanente tras la ejecución de una prenda de acciones, pues lo recibido tras la ejecución no había sido suficiente para cubrir el importe total de su crédito.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a las demandadas a que a que conjunta y solidariamente abonen a la actora una cantidad inferior a la solicitada.

Interpuesto recurso de apelación por las demandadas, la Audiencia Provincial lo estimó, revocó la sentencia de primera instancia y absolió a las demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el demandante interpuso un recurso de casación, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

15. Garantía o aval a primera demanda o requerimiento: naturaleza y alcance.—Es un contrato autónomo de garantía que, cumple una función garantizadora tendente a conseguir la indemnidad del acreedor beneficiario frente al incumplimiento de su obligación contractual por el deudor ordenante. En esta modalidad contractual, el garante asume una obligación abstracta e independiente de pagar la obligación del sujeto garantizado, desde el mismo momento en que sea requerido por el acreedor y sin oponer excepciones de ningún tipo, ni siquiera la nulidad de la obligación garantizada (véanse, al efecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de crédito contingentes, de 11 de diciembre de 1995; y las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional para las Garantías a Primera Demanda, de 1992).

Diferencia con la fianza ordinaria.—A diferencia de lo que sucede con la fianza ordinaria, el aval a primer requerimiento es una fianza con determinadas especialidades, no se requiere el incumplimiento de la obligación principal, ya que estas garantías pueden ser hechas efectivas a simple requerimiento. La jurisprudencia ha destacado que una de las notas características que diferencian el aval a primer requerimiento de la fianza regulada en el Código Civil es su no accesoriaidad, por lo que para la efectividad de la garantía no es preciso demostrar el incumplimiento de la obligación garantizada.

zada, sino que para hacer efectivo el cumplimiento de ésta, bastará con la reclamación del deudor. Así como que el garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago, otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, pues lo contrario supondría desvirtuarla naturaleza de esta obligación.

Característica del aval a primer requerimiento.—La característica del aval a primer requerimiento es la de dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata, que pierde su carácter accesorio de la obligación principal, en el que la obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial. Pero sin que impida el ejercicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía o para determinar el grado de cumplimiento de la obligación principal garantizada.

Importancia de los términos de su redacción.—Los términos en que esté redactado este tipo de aval son de capital importancia, dada su autonomía, por lo que la interpretación conforme al artículo 1281.1 CC se revela prácticamente imprescindible, por ello la regla de interpretación literal es prevalente y solo cuando resulte insuficiente para averiguar la voluntad de las partes contratantes, entra en juego el llamado canon de la totalidad, es decir, el conjunto de reglas complementario y subordinado previsto en los artículos 1281.2 a 1289 CC.

Interpretación del contrato: alcance.—La jurisprudencia de manera reiterada ha considerado que la interpretación del contrato y sus cláusulas, entendida como actividad que busca identificar el conjunto de obligaciones que derivan para las partes de todo contrato a partir de la voluntad común de éstas expresada en el mismo es una labor o función propia de los tribunales de instancia, con la consecuencia de que ha de prevalecer la interpretación realizada por éstos sin que sea posible su revisión en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por el tribunal sentenciador en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario o vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos, por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Extensión de la nulidad del negocio principal a la garantía como negocio accesorio: improcedencia.—La extensión de los efectos de la nulidad de la póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles, como negocio principal, al negocio accesorio representado por el aval a primer requerimiento, no procede dado el carácter autónomo y no accesorio de este tipo contractual, que tiene como característica principal dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata para cuyo cumplimiento efectivo basta con la reclamación del deudor, sin que el garante pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta obligación. (**STS 844/2023, de 31 de mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad T. V., S.A. interpuso demanda contra la C. de A. de B., solicitando que se condene a la entidad demandada a pagar a la actora cierta suma de dinero como deuda vencida correspondiente al afianzamiento, más el interés legal de dicha cantidad hasta la cancelación de la citada deuda, todo ello en base al documento que se recoge, bajo la firma

de persona facultada para ello que aparece al lado de su estampilla, la obligación de la entidad demandada de pagar, en las fechas que se indican, las cantidades que se fijan como correspondientes al precio, IVA incluido, que se pactó en el contrato concertado por T. V., S.A., con E. C., S.L., de cara a la fabricación, suministro y montaje por la primera de una estructura metálica para la construcción de un polideportivo. La representación procesal de la parte demandada solicitó la desestimación de la demanda y la imposición de las costas del proceso a la entidad demandante. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almendralejo desestimó íntegramente la demanda, con imposición de las costas a la parte actora, al considerar que la reclamación, se sustenta en la póliza de afianzamiento y la obligación accesoria de garantía con prenda que fueron declaradas nulas por una sentencia anterior, por lo procede la desestimación de la demanda, ya que no puede obligarse a la demandada a abonar la cantidad reclamada cuando ya ha sido declarado nulo el negocio jurídico del que trae causa, sin que sea ésta susceptible de confirmación ni de convalidación. Recurrida en apelación por la representación procesal de la entidad mercantil T. V., S.A., oponiéndose en tiempo y forma la demandada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz estimó íntegramente el recurso y revocó la sentencia de instancia condenando a la entidad demandada a que abone a la actora cierta cantidad con los intereses legales desde el requerimiento extrajudicial hasta su completo pago, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada y sin que haya lugar a la condena en costas de esta segunda instancia a ninguna de las partes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

16. Responsabilidad médica.—La naturaleza de la obligación del médico es de medios y no de resultados. La imputación jurídica del daño no es meramente objetiva por la existencia de un resultado dañoso no deseado, sino que es preciso la concurrencia de una actuación culposa que justifique la obligación de indemnizar, como resulta del juego normativo de los artículos 1101, 1902 y 1903 CC.

Ha de concurrir, al menos, un título de imputación jurídica del daño y una relación de causalidad acreditada entre la actuación médica y el resultado dañoso producido.

La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento: Las reglas de la *lex artis*.—La culpa constituye un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado *reproche culpabilístico*. La apreciación de culpa requiere pues un elemento de comparación, y la realización de una conducta que se aleje negligente o intencionadamente del comportamiento debido.

Este modelo de comportamiento, expresión de la diligencia debida, viene constituido por los principios, normas o pautas que rigen una determinada actividad, entre las que se encuentran las denominadas reglas de las *lex artis*

(ley del arte) (SSTS 690/2019, de 18 de diciembre; y 171/2020, de 11 de marzo, entre otras).

La *lex artis* (ley del arte).—Es el conjunto de conocimientos, técnicas y habilidades aplicables en un concreto sector de la actividad humana. Sirve como criterio para determinar la existencia de mala praxis cuando, quien se encuentra sujeto a ellas, incumple o desconoce las reglas de actuación por las que se rige la actividad profesional que desempeña. Constituye un modelo determinativo de la corrección de las acciones ejecutadas y opera como metro o testigo del comportamiento exigible.

Las reglas de la *lex artis* en el ámbito de la responsabilidad médica.—En esta responsabilidad el criterio básico de imputación estriba en determinar si el profesional se comportó con arreglo a las pautas o parámetros prescritos, según el estado actual de la ciencia, para la praxis médico-quirúrgica, lo que la jurisprudencia ha denominado *lex artis ad hoc* (SSTS 284/2014, de 6 de junio; y 546/2007, de 23 de mayo). También, la STS 778/2009, de 20 de noviembre, indica que la *lex artis* es un supuesto y elemento esencial para llevar a cabo la actividad médica y obtener de una forma diligente la curación o la mejoría de la salud del enfermo, a la que es ajena el resultado obtenido puesto que no asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente.

Alcance de la *lex artis* en la asistencia médica: estado actual de conocimientos de la medicina.—La *lex artis* abarca la utilización de los medios y técnicas necesarias, que el estado actual de conocimientos de la medicina, posibilita para el diagnóstico de las enfermedades, de manera proporcional al cuadro clínico que presenta el enfermo; seguir las prevenciones aceptadas por la comunidad científica para el tratamiento de la patología padecida; la práctica diligente de las técnicas empleadas en el proceso curativo, comprendiendo las quirúrgicas; la prestación de la información precisa, con antelación temporal suficiente, de manera comprensible, sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento, riesgos típicos y prevenciones a seguir en el proceso de curación de la enfermedad; abstenerse de actuar en contra o al margen del consentimiento informado del paciente, que habrá de obtenerse, con mayor rigor, en el caso de la medicina voluntaria o satisfactiva; cumplimentar los deberes de la documentación clínica, sin incurrir en omisiones relevantes e injustificadas; y actuar siempre, de forma diligente, mediante el control de las incidencias del curso de la patología, sin incurrir en descuidos inasumibles, hasta el alta del paciente, con las indicaciones correspondientes de seguimiento, si fueran procedentes (prevenciones pautadas y revisiones periódicas en su caso) (STS 534/2009, de 30 de junio).

La responsabilidad médica y la locución *ad hoc* a la *lex artis*.—En el caso de la responsabilidad médica, se añade la locución *ad hoc*, que obliga a ponderar las concretas circunstancias de cada caso, en tanto en cuanto a situaciones diferentes no se les puede dar el mismo tratamiento jurídico mediante una artifiosa e injustificada asimilación. Así señala la STS 240/2016, de 12 abril, que las singularidades y particularidades de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente. En atención a las consideraciones expuestas, la STS 447/2001, de 11 de mayo, exige también la ponderación de las circunstancias concurrentes, para apreciar la existencia de negligencia médica.

El diagnóstico médico en esta responsabilidad.—Constituye un proceso inferencial, que se lleva a efecto a partir del análisis del cuadro clínico que presenta el paciente y pruebas médicas procedentes, con la finalidad de deter-

minar la patología que sufre, instaurar la correspondiente pauta terapéutica, así como emitir el pronóstico correspondiente.

Un diagnóstico incorrecto no es, por sí solo, fuente generadora de responsabilidad, cuando se han empleado los medios necesarios para llevarlo a efecto actuando diligentemente. Así, la STS 719/2005, de 6 de octubre, señala que no cabe responsabilidad en el facultativo cuando la confusión viene propiciada: por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismos resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia (STS 10 de diciembre de 1996), tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico en disculpable o de apreciación (STS de 8 de abril de 1996).

Ello no quiere decir, tampoco, que la responsabilidad médica no nazca cuando nos encontramos ante errores manifiestos, no disculpables, generados por la falta de ponderación de los síntomas que el enfermo presentaba al tiempo de ser sometido a la correspondiente asistencia, o por mor de la indebidamente atención al mismo (SSTS 127/2010, de 3 de marzo; y 679/2010, de 10 de diciembre, entre otras).

Obligaciones del médico al realizar un diagnóstico.—En primer lugar, se encuentra la obligación del médico de llevar a efecto las pruebas diagnósticas, que sean necesarias, atendido el estado de la ciencia. En segundo lugar, puede constituir manifestación de responsabilidad civil el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, o el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles, al constituir una vulneración de la *lex artis*. En tercer lugar, no se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución ulterior del cuadro clínico, dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles.

Pruebas necesarias para determinar el diagnóstico.—Para realizar el diagnóstico el médico está obligado a efectuar todas las pruebas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento (STS 112/2018, de 6 de marzo). Sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar su responsabilidad (SSTS 679/2010, de 10 de diciembre; 173/2012, de 30 de marzo; y 33/2015, de 18 de febrero).

No es necesario llevar a efecto todo tipo de pruebas diagnósticas a disposición de un centro hospitalario, sino (como señala la STS 524/2010, de 25 de noviembre) las exigibles en atención a las circunstancias del paciente. El diagnóstico, sin perjuicio de su revisión, se lleva a efecto mediante el examen de síntomas y signos actuales.

Valoración de la prueba pericial.—Corresponde al tribunal de instancia, por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando concurre la vulneración de alguna de las normas que integran el régimen de este medio probatorio o cuando la valoración efectuada arroja un resultado erróneo, arbitrario o ilógico contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando se trata de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado (SSTS de 15 de diciembre de 2006; y 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

Vulneración de las reglas de la sana crítica en la prueba pericial.—Se entienden vulneradas las reglas de la sana crítica: 1º. Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial (STS 17 de junio de 1996). 2º. Cuando se prescinde del contenido del dictamen,

omitiendo datos, alterándolo, deduciéndo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherenteamente, etc. (STS 20 de mayo de 1996). 3º. Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes (STS 7 de enero de 1991). 4º. Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo (SSTS 504/2016, de 20 de julio; y 514/2016, de 21 de julio) (STS 141/2021, de 15 de marzo).

Sólo excepcionalmente se admite la revisión de la valoración de la prueba en casación.—Al no ser la Sala Primera del Tribunal Supremo una tercera instancia, esta revisión se podrá producir por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE (SSTS 572/2019, de 4 de noviembre; y 7/2020, de 8 de enero, entre las más recientes). (**STS 680/2023, de 8 de mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El procedimiento consistió en la interposición por la demandante de una acción directa de la *Ley de Contrato de Seguro* contra la aseguradora médica de un hospital, por negligencia médica derivada, según la actora, de un error en el diagnóstico al no habérsele apreciado un ictus transitorio cuando acudió al hospital, ya que padecía en ese momento un síntoma claro de patología neurológica con pérdida de sensibilidad en miembro superior izquierdo, que no fue objeto de las pruebas correspondientes para descartar la existencia de un ictus, como exigían los protocolos médicos.

El juez estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a abonar a la actora la suma de 637.116,70 €, más los intereses del artículo 20 LCS. Ambas partes recurrieron la sentencia de primera instancia y la audiencia revocó el pronunciamiento del juzgado, con desestimación de la demanda, al considerar que no hubo negligencia médica, ni error de diagnóstico, en base a la pericial médica practicada especialmente por un especialista y autoridad en la materia, jefe de servicio de neurología del Hospital Universitario de la Princesa de Madrid; coordinador de la unidad de ictus del referido centro hospitalario, en donde se han tratado más de 7000 pacientes de dicha patología, el cual explicó que no cabe identificar el ictus con el ataque isquémico transitorio, y que este último excluye el ictus, por lo no se pueden tener ambas patologías a la vez. El Tribunal Supremo no dio lugar a los recursos extraordinarios de infracción procesal y casación interpuestos por la actora, al no apreciar negligencia médica, ni error de diagnóstico, ni relación causal entre ambos episodios clínicos. (*I. D.—L. S.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

17. Mayorías necesarias para acuerdos comunitarios que alteren la configuración exterior del edificio.—La Sala Primera confirma su jurisprudencia tendente a flexibilizar las mayorías necesarias para los acuerdos comunitarios, en el sentido de que, aun tratándose de actuaciones que afecten a la configuración exterior del edificio, no es necesario un acuerdo unánime si son necesarias para la explotación de los locales comerciales, salvo que se acredite un perjuicio para el edificio, su configuración o estructura o para los otros propietarios. Consecuentemente, reconoce la posibilidad de que los Estatutos modifiquen las mayorías necesarias para autorizar aquellas obras, o incluso prescindan de tal autorización, y dichas reglas pueden ser objeto de interpretación amplia. (**STS 861/2023, de 5 de junio;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.]

HECHOS.—Los Estatutos de una comunidad de propietarios conferían a los dueños de sus locales amplias facultades para alterarlos jurídica y materialmente, así como para desarrollar en ellos cualquier actividad industrial o comercial permitida por las Ordenanzas Municipales, sin necesidad de consentimiento de la Junta de propietarios. En 2010, la sociedad A, que explotaba un negocio de restauración en dos locales unidos, instaló unas chimeneas en la fachada interior y azotea del edificio para cumplir con los requisitos administrativos de dicha actividad, pese a la disconformidad expresada por la comunidad en las dos Juntas siguientes. En 2017, tras ser requerida por el Ayuntamiento para modificar la instalación, la sociedad A pidió permiso a la comunidad para abordar la obra, la cual se lo denegó. En consecuencia, la sociedad A demandó que se declarara la nulidad de dicho acuerdo y la indemnización de los daños sufridos, consistentes en la sanción administrativa por la deficiente instalación de las chimeneas. La comunidad no solo se opuso, sino que formuló reconvención, pidiendo la retirada de las chimeneas existentes por no haber sido autorizadas por unanimidad conforme a la Ley de Propiedad Horizontal.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvención, argumentando que la habilitación genérica de los Estatutos no amparaba una instalación de tal magnitud. La Audiencia Provincial, por el contrario, acogió el recurso de apelación de la sociedad A, estimando su pretensión y desestimando la reconvención de la comunidad, con fundamento en una interpretación amplia de los Estatutos, la proporcionalidad de la obra y la ausencia de prueba de un perjuicio al edificio o a los copropietarios. Interpuesto recurso de casación por la comunidad de propietarios, el Tribunal Supremo lo rechaza y razona que la interpretación amplia de las reglas estatutarias sobre mayorías es admisible incluso cuando se trate de obras que afecten a la configuración exterior del edificio, si no se prueba un perjuicio para aquel o para los copropietarios.

NOTA.—Si bien el Tribunal Supremo ha flexibilizado las mayorías necesarias para hacer modificaciones en la fachada que no afecten a la estructura del edificio, también ha advertido que ello solo procede cuando la obra obedezca a las necesidades de explotación de los locales: STS 737/2015, de 29 de diciembre. La reciente STS 1036/2024, de 19 de julio, ha matizado que la mera inco-

modidad del propietario no puede equipararse a la necesidad de la obra, que debe apreciarse de manera casuística. (C. C. S.)

18. Interpretación del límite de cita al derecho de reproducción respecto de dos de sus requisitos: inclusión de un fragmento e inclusión con finalidad de análisis, comentario o juicio crítico que pueda considerarse ajustada a un uso honrado.—El límite de cita, regulado en el artículo 32.1 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), constituye una trasposición del artículo 5.3.d) Directiva 2001/29/CE, que permite a los Estados miembros establecer, entre otros límites al derecho de reproducción y comunicación, el siguiente: «d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido».

Aunque la Directiva haya configurado este límite como facultativo, en principio su inclusión en nuestro Derecho interno era necesaria, a la vista de su regulación en el artículo 10.1 Convenio de Berna: «1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa».

En el marco de la habilitación que confiere el artículo 20 del Convenio de Berna, nuestro artículo 32.1 establece una regulación del derecho de cita más restrictiva. En primer lugar, en el caso de obras escritas, se restringe a la inclusión de un «fragmento» de una obra ajena ya divulgada, que excluye la reproducción de la totalidad de la obra. Además, esta inclusión de un fragmento ha de responder, si no es una mera reseña, a una finalidad de «análisis, comentario o juicio crítico». Y, en cualquier caso, ha de respetar la paternidad de la obra.

No obstante lo anterior, el artículo 10.1 del Convenio de Berna, cuando menciona la exigencia de que la cita de una obra ajena se haga conforme a los usos honrados, aporta una clave de interpretación de este límite legal, en línea con lo previsto en el artículo 40 bis LPI: prescribe que la explotación efectuada por el beneficiario del límite de que se trate no puede perjudicar de forma injustificada los intereses del autor ni ir en detrimento de la explotación normal de la obra afectada.

Así las cosas, el artículo 32.1 LPI estable, entre otros, dos requisitos que han de cumplirse de forma simultánea para el correcto ejercicio del límite de cita: inclusión de un fragmento de una obra ajena y que «su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico».

Respecto del primero de estos requisitos, inclusión de un fragmento, no se cumple cuando una obra ajena es publicada como tal, de forma íntegra e independiente. Con relación al requisito ligado a la finalidad de análisis, comentario o crítica que justifica el límite de cita, en ningún caso está justificada una reproducción cuando el texto se incorpora a una antología de textos, pues entonces es claro que la finalidad no es su análisis, comentario o crítica, sino su comunicación.

Hay casos en los que la publicación en la que se incluye el pretendido «fragmento» contiene rasgos propios de un estudio académico y, al mismo tiempo, de una antología o selección de textos representativos, en cuanto que

están introducidos o comentados desde una perspectiva académica, y la reproducción persigue ilustrar algo. Pero aun en estos casos, hay que advertir qué prima: la publicación del texto reproducido (comentado o integrado en un contexto que resalta su carácter ilustrativo de una idea) o el estudio académico o científico que requiere del análisis de esos fragmentos de la obra ajena. La distinción en un caso como este nos la da la «proporción». Pero no la proporción del número de páginas del «fragmento» en relación con la totalidad de la obra en que fue publicada primero, ni tampoco respecto de la obra en que ahora es incluida sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual. Nos referimos a la «proporción», como correcta adecuación, en relación con la finalidad perseguida y la exigida por la ley para estar amparada por el derecho de cita (el análisis, comentario o juicio crítico del fragmento reproducido).

Por tanto, cuando se reproduce íntegramente un cuento breve, aunque ocupe unas pocas páginas en relación con la totalidad de la obra publicada, y si ese cuento constituye una unidad totalmente independiente, no es propiamente un fragmento de otra obra la que se incluye como parte esencial de un estudio académico o científico, ni por supuesto se trata de una mera reseña. Esta reproducción desborda las hechuras legales del límite de cita al derecho de reproducción, al primar el elemento recopilatorio frente al análisis, comentario o juicio crítico del propio texto. (**STS 724/2023, de 16 de mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Rocío interpone demanda de juicio ordinario contra Ediciones Catedral, en la que solicita que cese en la reproducción y distribución de un libro que contiene una obra suya publicada (una traducción del japonés al español), además de una indemnización por daños morales y lucro cesante. Ello se basa en la ausencia de autorización con relación a los derechos de propiedad intelectual derivados de la traducción. La demanda es íntegramente desestimada, al entenderse que la inserción de la obra en cuestión, de 8 páginas, dentro de un libro de 715 páginas, dedicados al análisis y estudio de la literatura japonesa, con una cita de la autora de la traducción, puede encuadrarse dentro de los límites legales al derecho de reproducción conocido como derecho de cita.

La sentencia es recurrida en apelación por Rocío. El recurso es parcialmente estimado, al entender la Audiencia que la reproducción de la traducción en la obra de la demandada no está amparada por este límite legal de cita, pues no se trata propiamente de un fragmento, atendida la finalidad de la obra, y además ocasiona un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de la titular de la obra derivada que supone la traducción. Se declara la infracción de los derechos de propiedad intelectual de Rocío y, por tanto, se condena a Editoriales Catedral al cese de la reproducción y distribución del libro en que se reprodujo la obra ajena y a una indemnización.

Ediciones Catedral interpone recurso de casación con base en infracción y aplicación indebida de los artículos 32.1 y 40 bis LPI, pues entiende que la obra reproducida es un fragmento, así como que la finalidad de su inclusión está ligada al análisis, comentario o juicio crítico, en línea con un uso honrado que no perjudica a la actora. El recurso es desestimado, dado que reproducir un cuento breve en una obra recopilatoria, aunque ocupe unas pocas páginas

en relación con la totalidad de la obra publicada, es una unidad totalmente independiente y, por tanto, no es propiamente un fragmento, ni por supuesto se trata de una mera reseña. Entiende el Tribunal Supremo que una reproducción así no se ajusta a los «usos honrados» de una obra ajena, dado que no se justifica por un estudio crítico de esta obra reproducida. (*T. R. C.*)

19. El acreedor hipotecario o persona a él vinculada debe de instar el lanzamiento del deudor a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, y no mediante el juicio de precario.—En principio, no cabe negar a quien es dueño, usufructuario o persona con derecho a poseer la finca, la posibilidad de instar su recuperación posesoria mediante el juicio de precario al que se refiere el artículo 250.1.2.^º LEC. Ahora bien, cuando dicha pretensión sea ejercitada por el acreedor ejecutante o por cualquier otra persona física o jurídica adjudicataria de la vivienda en el juicio de ejecución hipotecaria, estos deberán interesar el lanzamiento del deudor en el propio procedimiento. En este caso, la entidad que promueve el presente juicio de precario es Coral Homes, S.L.U, una sociedad unipersonal. Pues bien, existe una indiscutible relación entre la acreedora hipotecaria y ejecutante Caixabank, la cessionaria del remate Buildingcenter, S.A., así como la entidad Coral Homes, en tanto en cuanto Caixabank es la socia única de dicha mercantil. Por tanto, no se puede considerar a la demandante como tercera ajena al procedimiento de ejecución hipotecaria, en virtud de título proveniente de una transmisión onerosa llevada a efecto al margen del procedimiento hipotecario con presumible buena fe para promover el procedimiento de precario. Todo conduce, por el contrario, a la conclusión de que se pretendió evitar el procedimiento de ejecución hipotecaria, solicitando su archivo, que fue acordado mediante auto, resolución que no tiene eficacia de cosa juzgada que vede la reapertura del procedimiento para la consecución del lanzamiento de los demandados. Así, la toma de posesión de la vivienda deberá instarse en el marco de la ejecución hipotecaria, en el seno del cual podrán los demandados hacer uso, en su caso, de los derechos que señala la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. (**STS 1128/2023, de 10 de julio; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Coral Homes S.L.U. ejerce una acción de desahucio por precario, encaminada a obtener un pronunciamiento judicial de condena de los ocupantes de la vivienda a cesar en todo acto de posesión sobre dicho inmueble, con apercibimiento de lanzamiento si no proceden a su desalojo. Los demandados, deudores hipotecarios y ocupantes de la finca, interesarán la desestimación de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que estimó la demanda. En consecuencia, acordó el desahucio por precario, con apercibimiento de que, si los ocupantes no abandonan voluntariamente la finca, se procederá a su lanzamiento.

Contra la sentencia de primera instancia se interpuso por los demandados un recurso de apelación, el cual fue desestimado por la Audiencia Provincial.

Contra la sentencia de apelación, los demandados interponen un recurso de casación, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.^a M. F.*)

DERECHO DE FAMILIA

20. Irretroactividad de la prestación de alimentos.—El Tribunal Supremo confirma de nuevo que, como regla general, la modificación de las prestaciones de alimentos no tiene efectos retroactivos y no cabe exigir la devolución de lo pagado. La retroactividad solo opera con carácter excepcional, cuando concurre una situación objetivamente constatable de extinción previa a la sentencia que decrete aquella modificación, y solo hasta la fecha en que acaeció aquella circunstancia. (**STS 1072/2023, de 3 de julio**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 26 de enero de 2017, la sentencia de divorcio de A y B, se estipuló que los hijos del matrimonio, C y D, quedarían en compañía de B y se estableció una prestación de alimentos en su favor a cargo de A. Dos años después, A demandó la supresión o reducción de aquellas prestaciones por haberse incorporado C y D al mercado laboral; B formuló oposición, argumentando que C tenía un contrato en prácticas con una remuneración exigua y que D no solo no tenía un contrato laboral, sino que todavía no había terminado su grado universitario. Durante la tramitación del proceso en primera instancia, C finalizó su contrato en prácticas y suscribió un contrato laboral ordinario, como también lo hizo D.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la extinción de los alimentos, pues los hijos habían consolidado su situación laboral, pero con efecto desde la fecha de la misma sentencia. A recurrió en apelación, solicitando que la extinción tuviera efectos desde la fecha de interposición de la demanda. La Audiencia Provincial estimó su recurso y declaró que, respecto de C, la extinción debía retrotraerse al mes siguiente al inicio del juicio, pues la interposición de la demanda determinaría la petición formal de la modificación y los alimentos se pagan por meses anticipados, mientras que, respecto de D, debía atenderse al mes siguiente a la firma de su contrato laboral. Consecuentemente, condenó a B a restituir las cantidades percibidas. B interpuso recurso de casación, que el Tribunal Supremo estima, razonando que, con carácter general y dado su carácter consumible, los alimentos no tienen efectos retroactivos.

NOTA.—Sobre la irretroactividad de los alimentos y su carácter consumible, *vid.* las SSTS 202/2015, de 24 de abril y 86/2020, de 6 de febrero. Respecto a las causas objetivamente constatables de extinción de la obligación de alimentos, que justifican la retroactividad del fallo y la devolución de las pensiones cobradas indebidamente, se incluye el cese de la convivencia de los hijos con el progenitor que percibía las pensiones en su nombre, *ex* artículo 148

CC: SSTS 453/2018, de 18 de julio, 147/2019, de 12 de marzo, y 223/2019, de 10 de abril. (*C. C. S.*)

21. Fijación de alimentos en favor de hijo menor de edad, cuando el progenitor demandado se encuentra en paradero desconocido.—El interés superior del menor se sustenta, entre otros ámbitos, en el derecho a ser alimentado, y en la correlativa obligación de sus progenitores de cumplir la «en todo caso», como señala el artículo 93 CC. La obligación de prestar alimentos a los hijos menores tiene unas connotaciones particulares que las distinguen del resto de deudas alimenticias, una de las cuales es la relativa a la fijación de su cuantía, que determina que los artículos 146 y 147 CC solo sean aplicables con carácter indicativo, por lo que se pueden acoger pautas mucho más elásticas en beneficio del menor (STS 749/2002, de 16 julio). Al tratarse de menores, más que una obligación propiamente alimenticia, se trata de deberes insoslayables, inherentes a la filiación, por lo que ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto (STS 525/2017, de 27 septiembre, con cita de otras). Por lo anterior, en situación de acreditada dificultad económica, de acuerdo con la denominada doctrina del mínimo vital, lo normal será la fijación de un mínimo que contribuya a cubrir los gastos más imprescindibles para el cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, la suspensión temporal de la pensión (SSTS 184/2016, de 18 marzo, y 484/2017, de 20 julio). Los progenitores deben afrontar la obligación de alimentos, no siendo de recibo que su mera ilocalización les exonere de su cumplimiento, y tampoco que los tribunales no puedan determinar un mínimo porque uno esté paradero desconocido, todo ello sin perjuicio de que una vez hallado, pueda solicitarse una modificación de medidas de haber variado sustancialmente las circunstancias (STS 481/2015, de 22 julio). Por ello, resulta posible fijar los alimentos en un porcentaje de los ingresos del progenitor en rebeldía, sin perjuicio de su concreción una vez se conozcan. (**STS 860/2023, de 1 de junio;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La progenitora de un menor interpuso demanda sobre medidas de guarda, custodia y alimentos contra el padre, siguiéndose el procedimiento en rebeldía del demandado. La única prueba existente sobre los ingresos de este, fueron tres transferencias bancarias realizadas desde Italia por importes de 150 euros en los meses previos a la interposición de la demanda. En primera instancia no se fijaron alimentos al desconocerse el paradero e ingresos del demandado, pronunciamiento que confirmó la Audiencia Provincial. La demandante interpuso recurso de casación, por infracción de los artículos 93, 142, 145 y 146 CC, solicitando una pensión de alimentos por importe de 150 euros. El Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de casación. (*F. S. N.*)

22. Eficacia de los negocios jurídicos de familia, incluso los no ratificados judicialmente.—Tienen carácter vinculante para los cónyuges o excónyuges los negocios jurídicos de familia, a través de los que, al amparo de la libre autonomía de la voluntad y sometidos al límite del orden público, pactan las reglas por las que se han de regir sus relaciones personales o patri-

moniales o extinguen definitivamente las mismas; todo ello, bajo un criterio de progresiva potenciación de sus facultades dispositivas, que hunde sus raíces en el valor constitucional de la libertad reconocido en los artículos 1 y 10 CE. Hoy en día, llega a hablarse del fuerte contractualismo que impera en la materia.

En efecto, en las relaciones de pareja, formalizadas o no bajo la institución matrimonial, la facultad de configuración de su contenido por las partes es indiscutible, incluso con reconocimiento de los denominados pactos preventivos o de ruptura, concertados ante la eventualidad, futura e incierta, de una ulterior crisis matrimonial o de pareja, fijando anticipadamente las consecuencias que de aquélla derivan. Los únicos límites son los propios impuestos a todos los contratantes en el artículo 1255 del CC, de no atentar a las normas imperativas, a la moral, ni al orden público, y a los propios de la disciplina jurídica de las relaciones contractuales (art. 1261 CC), así como las exigencias de forma *ad solemnitatem*, que impone a determinados negocios jurídicos el ordenamiento legal (art. 1280 CC). (**STS 904/2023, de 6 de junio;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El matrimonio de Millán y Rebeca se disuelve por sentencia de divorcio de mutuo acuerdo en 2019, en la que queda fijado el convenio regulador. En 2020, suscriben un nuevo convenio, que no llega a ratificarse judicialmente, si bien se comienza a cumplir por las partes. Posteriormente, Millán interpone contra Rebeca demanda de modificación de medidas definitivas fijadas en su sentencia de divorcio. La demanda es estimada parcialmente, quedando modificada la sentencia de divorcio en el sentido de fijar la contribución de la madre a los alimentos del hijo.

Millán recurre en apelación. Alega infracción de los artículos 1255, 1258 y 1091 CC, así como la jurisprudencia que admite la eficacia de los convenios reguladores suscritos por las partes y no ratificados. El recurso que es desestimado.

Millán interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El recurso de casación es estimado, dado que la sentencia de la Audiencia niega eficacia vinculante al convenio de 2020, a pesar de que es manifestación de las facultades de autorregulación que corresponden a las partes litigantes, sin que se aprecien atisbos de la existencia de vicios del consentimiento. (*T. R. C.*)

23. Acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial respecto de menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución. La posesión de estado y el interés del menor no son *per se* suficientes para la determinación de la filiación: Es necesaria una valoración conjunta de todas las circunstancias concretas que concurren en el supuesto.—El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo (SSTS 45/2022, de 27 de enero; y 558/2022, de 11 de julio).

El vínculo socio afectivo de los niños entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es por sí título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación.—La posesión de estado, que en el artículo 131 CC es título de legitimación, no fue el único argumento utilizado por las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, en las que se valoró de manera conjunta, a la vista de las concretas circunstancias, la posesión de estado junto con el interés de los menores en preservar esa relación.

La valoración del interés superior del menor en las acciones de filiación.—El interés del menor no puede identificarse genéricamente con la estimación de cualquier acción de filiación que se ejercite, pues es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo). Además, el mero beneficio económico, el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo que pudieran resultar de la paternidad reclamada, por sí, ni son criterios para atribuir la filiación ni encajan entre los criterios que deben tenerse en cuenta para valorar e interpretar el interés superior del menor a la hora de determinar una concreta filiación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

No existe vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en cuanto que la filiación y nacionalidad de los menores están definitivamente determinadas.—El respeto a la vida familiar con independencia de los lazos biológicos entre personas que han vivido juntas con cierta estabilidad, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, no exige que en este caso deba establecerse la filiación que se reclama. Los menores tienen su identidad jurídica atribuida por la determinación de la filiación respecto de sus respectivos padres, cuyos apellidos llevan, y desde la separación por voluntad de sus progenitores están integrados en sus respectivas familias. (**STS 754/2023, de 16 mayo;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El demandante ejercitó una doble acción de paternidad para que se determinase, de una parte, que él es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos de quien fue su pareja masculina, y de otra, que también se establezca que su expareja es el padre no matrimonial de sus dos hijos biológico. Asimismo, ejercitó, acción para el establecimiento de medidas de guarda y alimentos de los hijos no matrimoniales y acción acumulada y subsidiaria de fijación de un régimen de relaciones personales de allegados con los hijos biológicos de su expareja, así como entre los hijos biológicos de ambos.

Los cuatro menores nacieron mediante la técnica de gestación subrogada en la que cada progenitor aportó su material genético respecto a dos de los niños nacidos. Fueron dos procesos distintos e independientes de maternidad por sustitución, de tal forma que, primero nacieron los dos hijos del demandado y, siete meses después, los dos hijos del demandante.

No hubo consentimiento conjunto en el empleo de la técnica de reproducción asistida, sino que cada progenitor encargó su propia

gestación subrogada. De hecho, cada uno de los hijos fueron inscritos con los dos apellidos del progenitor que aportó el material genético, haciendo constar como estado civil del progenitor el de soltero en ambos casos.

Producida la ruptura de la relación de hecho, los progenitores firman un acuerdo en el que, entre otras cuestiones, manifestaron que era intención común de ambos que los niños crecieran juntos como hermanos. El Juzgado desestimó las pretensiones principales de filiación y estimó la subsidiaria de establecimiento de un régimen de relaciones de los hijos de demandante y demandado entre sí y para con el demandante y el demandado. La Audiencia no dio lugar al recurso de apelación, al entender que la situación fáctica no permite determinar las filiaciones reclamadas con apoyo en la posesión de estado y en el principio del interés de los menores. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia da respuesta a la cuestión de si la posesión de estado y el interés del menor son elementos suficientes para la determinación de la filiación. En este punto, es importante señalar que los menores tienen reconocida su filiación respecto de cada uno de los padres que encargaron su gestación y aportaron su material genético. Lo que se pretende, por el demandante, es la determinación de la filiación de cada uno de los menores con quien no es su padre biológico, ni tampoco encargó su gestación, y ello al amparo del artículo 131 CC.

Para el Tribunal Supremo, el artículo 131 CC título legitimador para instar la acción de filiación, pero no es suficiente por sí sola para determinarla. Por otro lado, la situación fáctica no permite establecer las filiaciones reclamadas con apoyo en la posesión de estado y en el principio del interés de los menores.

La primera razón es que ninguno de los dos progenitores tuvo la intención de ser el padre de los hijos del otro. En este sentido, los contratos de gestación se realizaron con carácter individual e individualista, se utilizó material genético de cada uno de ellos para obtener sus propios hijos; no quisieron acogerse a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, por la que hubieran podido practicar la inscripción de los niños como hijos de los dos; y, por último, pudiendo acudir a la adopción del hijo de su pareja de hecho, no quisieron hacerlo.

La segunda razón, en cuanto al interés del menor, no se entiende el beneficio que podría reportar la declaración de la filiación que conllevaría la cotitularidad de la patria potestad por dos personas, cuyas vidas, intereses y opiniones no transcurren paralelas, con la fuente de conflictos que pueden derivarse de tomar cada uno parte en las decisiones que afectan a los hijos del otro hasta que alcancen la mayoría de edad, en cuestiones referidas a la salud, la educación, los viajes, etc. (Véase el comentario a esta sentencia realizado por De la Iglesia Monje, M. I., «Paternidad extramatrimonial por posesión de estado o allegados: el interés real de los menores», *RCDI*, núm. 798, pp. 2255 a 2274; Minero Alejandre, G., «Posesión de estado, interés superior del menor, vínculo afectivo de los niños entre sí y determinación legal de la filiación en casos de maternidad subrogada», *CCJC*, núm. 123/2023, pp. 301 a 320). (C. O. M.)

24. Argumentos susceptibles de ser rebatidos en un recurso de casación.—El recurso de casación debe tener en cuenta e impugnar la *ratio decidendi* de la sentencia, por lo que incurre en causa de inadmisión por carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2. 4.^º LEC) el recurso que solo impugna los argumentos que no sean determinantes del fallo.

Efectos de la determinación de la filiación por naturaleza con posterioridad a la adopción.—En aplicación del principio de libre investigación de la paternidad, y pese al tenor del artículo 113.II CC, el artículo 180.4 CC presupone que la constitución de la adopción no impide que después se determine la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado, pero establece que tal determinación «no afecta» a la adopción.

Este es el significado de que, en un proceso de filiación, la sentencia «deje constancia» de que la declaración que hace de que un niño es hijo del demandante tiene «meramente efectos declarativos»; es decir, que la determinación de la filiación por naturaleza de un menor ya adoptado no hace nacer el vínculo jurídico de filiación, de modo que al demandante, padre biológico, ni se le puede tener por progenitor cuando se constituye la adopción a efectos del artículo 177 CC ni se le debe tener por progenitor después de la determinación de la filiación por naturaleza. (**STS 1059/2023, de 29 de junio;** no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—César nació en 2017. En ese momento quedó determinada en exclusiva su filiación respecto de la madre, Elisabeth. El 9 de junio de 2017 el Juzgado dicta auto por el que constituye su adopción por parte de los esposos Juan y Cándida.

El 24 de noviembre de 2017, cuando tuvo conocimiento de la existencia de su hijo, que la madre le ocultó, así como que lo había dado en adopción, Jesús presenta demanda para que se declarara que César era hijo biológico suyo (filiación no matrimonial). Su demanda fue estimada por sentencia de 19 de septiembre de 2018.

Esta sentencia fue apelada por los padres adoptivos, que se opusieron a que quedara determinada la filiación y que, de quedar determinada, se fijara que solo lo era a efectos declarativos. El recurso de apelación fue estimado el 29 de marzo de 2019, en el único sentido de precisar que la paternidad establecida respecto del hijo no matrimonial del demandante solo tenía efectos declarativos.

La Audiencia razona que, con arreglo a lo previsto en la redacción entonces vigente de la ley 74 del Fuero Nuevo Navarro (aplicable al caso), que en materia de adopción y prohijamiento se remitía de manera supletoria al Código civil y a las leyes especiales, es de aplicación al caso el artículo 180.4 del CC, conforme al cual, «la determinación de la filiación por naturaleza no afectará a la adopción».

El 15 de septiembre de 2020, Jesús interpone demanda de juicio ordinario contra Juan y Cándida, padres adoptivos del César, y contra Elisabeth, madre biológica del menor, en la que solicita la extinción de la adopción del menor. Esta es la demanda que da origen al procedimiento aquí analizado.

La demanda es desestimada, al apreciarse la concurrencia de la excepción de cosa juzgada material (art. 222.4 LEC). Entiende la sentencia del Juzgado que se ha dictado con carácter firme una sentencia que puso fin a un proceso anterior que se pronunciaba expre-

samente sobre lo que se plantea en este procedimiento. El razonamiento del juzgado se basa tanto en que la sentencia que reconoce la filiación biológica determina que es con meros efectos declarativos, como en que el artículo 180 CC expresamente se refiere a que la determinación de la filiación no afectará a la adopción.

Jesús recurre en apelación. La sentencia de la Audiencia desestima el recurso de apelación por dos razones: i) cosa juzgada (art. 224. LEC) respecto de la sentencia de 29 de marzo de 2019; ii) aunque se entrara a valorar si concurren los requisitos del artículo 182.2 CC, también correspondería la desestimación, porque la demanda no se ha interpuesto dentro de los dos años siguientes a la adopción, porque debe entenderse que sólo están legitimados para solicitar la extinción de la adopción «los progenitores cuya filiación hubiera sido determinada con anterioridad a la adopción», y porque para determinar si la extinción de la adopción causa un grave perjuicio al menor debe compararse qué beneficios puede aportar la familia adoptiva y qué beneficios puede aportar la familia de origen del menor (el padre biológico se encuentra internado en un centro de desintoxicación).

Jesús interpone recurso de casación, que es desestimado. El recurrente no combate en su recurso de casación la verdadera razón decisoria del fallo de la sentencia realmente impugnada, que es la apreciación de la cosa juzgada (art. 222.4 LEC), apreciación que deriva de entender que ha quedado decidido ya en un proceso anterior seguido entre las partes lo que es objeto del actual procedimiento. En el segundo procedimiento seguido entre las partes, la sentencia recurrida expresamente declara que, conforme al artículo 222.4 LEC, hay cosa juzgada. Solo después de tal afirmación, y a pesar de su extensión, con claro carácter *obiter dicta* o a mayor abundamiento, se pronuncia sobre la falta de concurrencia en el caso de los requisitos del artículo 180.2 CC. Así se entiende que, después de apreciar cosa juzgada, la sentencia introduzca sus razonamientos sobre el artículo 180 CC diciendo que «aunque se aceptara la tesis del apelante y esta sección entrara a examinar si concurren los requisitos del artículo 182.2 CC, su recurso tampoco podría prosperar». (T. R. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

25. Legado de inmueble. Adquisición del legado.—El legado cuenta con un régimen de adquisición diferente al establecido para la aceptación y repudiación del título hereditario. A la vista del artículo 881 CC se habla de la adquisición *ipso iure* del legado, sin necesidad de aceptación. En este sentido, para todo tipo de legados, el artículo 881 CC establece que *el legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos*.

Además, según el artículo 882.I CC, cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere.

Con todo, en el sistema del Código civil, el legatario, como regla, no puede ocupar por sí la cosa legada, y conforme al artículo 885 CC debe pedir su entrega y posesión al heredero, o al albacea que se halle autorizado para darlo. Entrega que no equivale a la *tradición* que consuma la adquisición de la propiedad en los contratos traslativos, porque el artículo 609 CC no exige tradición en la adquisición por sucesión testada y el legado es título suficiente para adquirir la propiedad. La necesidad de entrega por el heredero, por lo demás, es coherente con la *posesión civilísima* que corresponde al heredero (art. 440 CC), y se explica por razones prácticas de evitar la dispersión de la herencia en perjuicio de acreedores y legitimarios. Así, se justifica que el heredero pueda negarse a la entrega cuando de las operaciones de cómputo resulte que con ella se ponen en riesgo los derechos de los acreedores o el pago de la legítima, por no ser suficiente el caudal relicto o ser el legado inoficioso.

Aceptación irrevocable del legado.—Aunque la ley atribuya la propiedad al legatario desde el momento del fallecimiento del causante con posibilidad de renuncia con efectos retroactivos al momento de la apertura de la sucesión, solo con la aceptación o la petición de entrega y posesión que implica que se acepta, tiene lugar la adquisición de modo irrevocable.

Prohibición legal de tomar el legatario por sí la posesión del legado. Excepciones: distribución de toda la herencia en legados.—Entre las excepciones a esta regla general prohibitiva, se admite el supuesto de que toda la herencia se distribuya en legados, caso al que de manera muy escueta se refiere el artículo 891 CC para fijar el criterio de responsabilidad directa de los legatarios por las deudas de la herencia y en proporción al valor del legado. En tal caso, en razón a que no hay heredero, se admite que los legatarios pueden ocupar por sí mismos los bienes legados (salvo que haya albacea o administrador autorizado para entregarlos).

Acción para reclamar el legado.—Aunque el Código civil no la menciona expresamente, es común el reconocimiento al legatario de una acción para reclamar la entrega o cumplimiento del legado, según los casos, contra la persona gravada o la persona facultada para cumplir los legados. Se habla de una acción personal, *ex testamento*, para reclamar la entrega y que, a falta de plazo de prescripción, estaría sometida al plazo general del artículo 1964 CC (STS 349/1927, de 4 de octubre, que consideró que se trataba de una acción personal cuyo plazo empezaba a computar desde el fallecimiento del causante). La posterior STS 5187/1979, de 29 de septiembre, también fija la misma doctrina sobre el plazo de ejercicio de la acción.

Para el legado de eficacia real, en el que el legatario haya adquirido la propiedad de la cosa legada, la doctrina admite también la acción reivindicatoria, que puede dirigirse contra cualquiera que tenga la posesión de la cosa, incluido el heredero (lo que tiene interés si ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción personal), y que, dicho de una manera sintética, podría prosperar siempre que no se hubiera consolidado la adquisición de la propiedad por usucapión.

Dies a quo para ejercitar la acción de reclamación del legado.—Hasta que no se tenga conocimiento de que se es legatario no nace la acción. Por ello, la actora no puede pedir que se declare la prescripción de la acción de entrega del legado, pues está implícito en la posibilidad de ejercicio de la

acción que el legatario pudiera saber que se le había favorecido con un legado. (**STS 718/2023, de 12 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El procedimiento se inicia con una demanda interpuesta contra tres legatarios para que se declare que su acción para exigir la entrega del inmueble legado ha prescrito, que el legado se ha refundido en la herencia y que es propiedad de la heredera.

El juzgado desestimó la demanda (salvo respecto de una legataria que se allanó), por entender que el plazo de prescripción solo puede correr desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse y que en este caso los demandados no fueron informados de sus derechos y tuvieron conocimiento del legado a su favor cuando fueron demandado. La audiencia estimó el recurso de la actora y declaró prescrita la acción de petición y entrega del legado, y declaró que el legado debía pasar a integrar la masa hereditaria que correspondía a la actora. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por uno de los dos legatarios al considerar que la actora no puede pedir la prescripción de la acción de entrega del legado, al estar implícito en la posibilidad de ejercicio de la acción que el legatario pudiera saber que se le había favorecido como tal. (*I. D - L. S.*)

26. Sucesión testamentaria. Donaciones al cónyuge viudo: computación, imputación y colación.—La computación es una operación mental para calcular las legítimas que consiste en sumar al valor líquido de los bienes relictos todas las donaciones o liberalidades realizadas en vida por el causante, tanto a extraños como a legitimarios (art. 818 CC).

La computación permite fijar la base de cálculo de la legítima global del grupo de legitimarios de que se trate y la parte disponible.

Realizado este cálculo, con la finalidad de defensa de los derechos de los distintos legitimarios, y con el fin de comprobar si han recibido o van a poder recibir lo que les corresponda o si es preciso realizar ajustes o reducciones en caso de que haya lesión de la legítima, procede realizar las operaciones de imputación.

La imputación consiste en cargar o colocar las distintas atribuciones por cualquier título (donaciones, legados e institución de heredero) en la porción o porciones correspondientes en el sistema de legítimas (legítima, mejora o parte libre) y en la cuenta de cada beneficiario, en función en cada caso de la clase de beneficiarios que concurren (hijos, extraños, cónyuge viudo), conforme a los artículos 819, 820, 825, 828, en relación con los artículos 636, 654 y 656 CC, entre otros.

La colación, en cambio, es una operación particional (*en la cuenta de partición*, dice el art. 1035 CC), que tiene la consecuencia de que el legitimario que fue donatario tomará en el momento de la partición de menos todo lo que ya había recibido antes por donación. Salvo previsión en contrario del causante (art. 1036 CC), hay que interpretar que la donación hecha al legitimario es un pago a cuenta. Subyace la presuposición por el legislador de que el causante, si no dice lo contrario, querría que lo donado a un legitimario sea un adelanto de lo que le pueda corresponder en su herencia cuando muera.

La colación se inserta en las operaciones particionales, a diferencia de la computación e imputación, y no afecta al no legitimario.—Por ello,

la colación requiere la existencia de una comunidad hereditaria, en la que sean partícipes a título de heredero los legitimarios (*heredero forzoso*, art. 1035 CC). De modo que la colación no afecta al no legitimario, aunque sea instituido heredero. Otra cosa es que las donaciones que haya podido recibir el no legitimario sí se tengan en cuenta a efectos de la computación para el cálculo de la legítima (art. 818 CC), y si las donaciones son inoficiosas y no respetan la legítima podrán reducirse a instancias de los legitimarios perjudicados.

Se excluye de la colación a los legitimarios que, aun siendo llamados como herederos, lo sean sólo a su legítima estricta.—Al presuponerse que no quería el testador que recibieran nada más, con independencia de que lo que reciban no sea de la misma naturaleza y calidad.

La colación tiene lugar entre legitimarios de la misma clase.—Así, la colación afecta a legitimarios que han sido instituidos coherederos y son legitimarios del mismo grupo, pero no afecta a los legitimarios de un grupo distinto de los que ha configurado la ley, y que no se confunden entre ellos (colacionan los descendientes entre sí, los ascendientes entre sí, cuando sean legitimarios e instituidos herederos).

Modo de llevarse a cabo la colación.—En primer lugar, debe agregarse contablemente al valor de los bienes que corresponden a los legitimarios del mismo grupo que concurren como partícipes en la comunidad hereditaria el valor de las atribuciones gratuitas colacionables recibidas en vida por todos ellos (art. 1045 CC).

En segundo lugar, realizada esa operación contable, el donatario tomará de menos en la masa tanto como ya haya recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente en cuanto sea posible en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad. Es decir, se entiende que el donatario ya ha recibido a cuenta lo que recibió en su día por donación.

El legatario de parte alícuota, aun cuando sea llamado a una cuota, en cuanto no es heredero no se ve afectado por la colación.—Si bien existen argumentos en contra de este criterio en atención a la escasa fiabilidad de la terminología del Código en esta materia y a la relevancia de que lo que se reciba sea una cuota.

El cónyuge viudo está excluido de la obligación de colacionar porque su legítima es en usufructo.—Se discute si el viudo debe colacionar las donaciones recibidas. El Código civil no se ocupa expresamente de esta cuestión y, aunque hay opiniones minoritarias discrepantes, la doctrina tradicional, que hoy continúa siendo mayoritaria, y que el Tribunal Supremo considera preferible mantener, niega que el viudo se vea afectado por la colación.

Fundamentalmente porque, aunque el artículo 807.3 CC lo califique como *heredero forzoso*, en cuanto legitimario es usufructuario, por lo que aun en el caso de que se le hubiera instituido heredero o legatario de parte alícuota (de seguir la tesis amplia que incluye al legatario de cuota como sujeto de la colación) tal condición de legitimario usufructuario no cambia, y no debería colacionar igual que no colacionan los extraños instituidos herederos. Además, el cónyuge viudo forma por sí solo un grupo de legitimarios y, como hemos dicho, la opinión mayoritaria es que la colación afecta a los legitimarios del mismo grupo que son instituidos herederos (en el mismo sentido, STS 955/2000, de 25 de octubre).

Aunque las donaciones al cónyuge viudo no deben colacionarse en el sentido de los artículos 1035 ss. CC, sí serán computable a efectos del cálculo de la legítima (art. 818 CC) para apreciar si son o no inoficiosas.

(STS 807/2023, de 24 de mayo; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 10 de mayo de 2015, Juan falleció bajo testamento en el que deja a sus tres hijos (Regina, Sabino y Silvia) aquello que por legítima estricta les corresponde por terceras partes iguales, lega a su cónyuge (Herminia) el pleno dominio del tercio de libre disposición de su herencia, sin perjuicio de su cuota vitalicia usufructuaria, e instituye heredera en el resto de sus bienes a su hija Silvia.

Regina y Sabino solicitaron la división de herencia de su padre. Dirigieron su demanda contra la viuda del causante y contra su hermana. Por auto se designó administradora a la viuda, con obligación de prestar fianza y rendición de cuentas trimestral de su gestión. Los actores solicitaron la inclusión en el activo el importe de un préstamo que el causante había hecho a la viuda, y ésta se opuso alegando la *condonación por donación* de la deuda. Silvia mostró su conformidad con la no inclusión del crédito condonado mientras que Regina y Sabino señalaron que no se habían justificado las cantidades devueltas por la esposa y en cuanto a lo condonado entendían que podía estar sujeto a colación hereditaria.

El juzgado y la audiencia resolvieron que la viuda debía colacionar el importe del préstamo que el cónyuge fallecido le había concedido y luego le condonó. El Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por Herminia, al considerar que el cónyuge viudo no debe verse afectado por la colación.

NOTA.—El cónyuge viudo en el régimen vigente puede recibir donaciones de su consorte (art. 1323 CC), y como legitimario puede concurrir tanto con descendientes como con ascendientes (arts. 834 y 837 CC). Muchos autores lo consideran excluido de la obligación de colacionar porque su legítima es en usufructo. Tal argumento, como señalan Domínguez Luelmo y Álvarez Álvarez, no es convincente, ya que no tendrá obligación de colacionar si concurre como usufructuario, porque se le reconoce sin más su derecho a la legítima o porque se abre la sucesión intestada, pero sí cuando testamentariamente sea instituido heredero de cuota junto con otros legitimarios. Si el testador instituye por partes iguales a sus dos hijos y al cónyuge, no hay razones legales para considerar que sólo deben colacionar los dos hijos y no el cónyuge, instituido conjuntamente con éstos. (Véase Domínguez Luelmo, A., y Álvarez Álvarez, H., *Manual de Derecho Civil*, dirigido por Eugenio Llamas Pombo, volumen VI, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2024, p. 235). (*I. D.-L. S.*)

27. Requisitos de la commutación. Naturaleza del derecho del resto de herederos.—El ejercicio de la facultad de commutar y su comunicación al resto de herederos no permite tener por realizada la commutación, puesto que es necesaria la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes o, en su defecto, la aprobación por Secretario Judicial o Notario. En ausencia de estos requisitos no se produce la commutación y, por tanto, el derecho de los herederos sigue teniendo carácter sucesorio, no crediticio.

Comutación. Valoración de los bienes de la herencia.—La mera comunicación del ejercicio de la facultad de comutar no implica que se haya practicado la liquidación, si esta no ha sido aprobada por los herederos o, en su defecto, por la autoridad judicial (conforme al artículo 843 CC, en la redacción anterior a la reforma de 2015). (**STS 1019/2023, de 26 de junio;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Carlos Ramón, fallecido en 1985, había instituido en su testamento como herederos universales a sus seis hijos, ordenando que se adjudicaran a dos de ellos, Palmira y Borja, las cuotas indivisas que correspondían al testador en una vivienda en Valladolid, con pago en metálico de su porción a los demás herederos. Palmira y Borja, haciendo uso de la facultad conferida, iniciaron en 1987 un expediente de consignación judicial de las cantidades que ofrecían a sus hermanos como pago. Sin embargo, esta consignación no fue aceptada, por falta de acuerdo del resto de los herederos. En este contexto, Soledad, nieta de Carlos Ramón, presenta escrito en enero de 2012 en el que solicita que se proceda judicialmente a la división de la herencia de su abuelo. Unos meses después, tuvo lugar la junta de herederos, en la que se acordó nombrar a un contador/partidor que elaboró un cuaderno particional fechado a 15 de enero de 2016. Rogelio y Purificación (hijos de Borja, instituido heredero por su hermana Palmira) se opusieron a las operaciones divisorias, argumentando que todos los interesados en la herencia habían admitido que su derecho hereditario se había transformado en un derecho de crédito por efecto de la comutación ordenada en testamento.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la impugnación y confirma las operaciones divisorias que se contienen en el cuaderno particional, salvo en lo que se refiere a los «gastos por cargas del edificio». Rogelio y Purificación interponen recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valladolid, que confirma la sentencia de instancia. Finalmente, Rogelio y Purificación interponen recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por infracción de los artículos 841 y 847 CC. El Tribunal Supremo desestima ambos recursos. (*M. S. G.*)

28. Efectos de la preterición testamentaria sobre la partición ya realizada.—En los casos de preterición no intencional, el criterio principal para conservar o no la partición llevada a cabo por quienes sí fueron instituidos herederos es la buena fe. Así, en los casos en los que esta se aprecie, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 1080 CC, los herederos que realizaron la partición tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda. En caso de apreciar mala fe, se declarará la nulidad de la institución de heredero, la apertura de la sucesión y la nulidad de la partición (STS 325/2010, de 31 de mayo).

Derecho del heredero preterido a recibir su parte en metálico.—El Tribunal Supremo defiende que es preferible que el pago al heredero preterido por su parte proporcional se realice en metálico. Esta deberá ser actualizada conforme al IPC desde el momento de presentación de la demanda. Exigir

el reintegro de los bienes de la herencia para satisfacer su parte al preterido equivale a realizar una nueva partición, lo que va en contra del criterio que resulta del artículo 1080 CC. (**STS 943/2023, de 13 de junio;** ha lugar.) [PONENTE EXCMO. SRA. DÑA. MARÍA DE LOS Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En julio de 1989, Edemiro y su esposa fallecen simultáneamente en un accidente de tráfico. Edemiro había otorgado testamento dos años antes instituyendo herederos a partes iguales a sus hijos Andrés y Carlota, que en 1990 otorgan escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de su padre. En diciembre de 2014, se dicta resolución en la que se determina legalmente la filiación paterna no matrimonial de Armando, hijo biológico de Edemiro. El 17 de mayo de 2016, Armando interpone demanda por la que solicita que se declare su preterición en el testamento de su padre, se anule la institución de herederos y se reconozca su derecho a percibir la cuota que le corresponde con cargo a los vienes que integran el caudal hereditario.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declara que Armando fue preterido de forma no intencional, que tiene derecho a percibir un tercio del caudal hereditario y declara anulada la institución de herederos. Además, condena a los demandados, Andrés y Carlota a restituir los bienes que componen el caudal relicito, así como los frutos que hayan podido producir.

Esta resolución fue recurrida en apelación por los demandados ante la Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia de primera instancia. Finalmente, Andrés y Carlota interponen recurso por infracción procesal y recurso de casación por vulneración del artículo 1080 CC. El Tribunal Supremo estima ambos recursos. (*M. S. G.*)

DERECHO MERCANTIL

29. Usucapión de las acciones de una Sociedad Anónima: cuestión dudosa.—La cuestión de la susceptibilidad de usucapión de las acciones de una sociedad anónima ha generado controversia. La jurisprudencia ha mantenido diversos criterios, si bien alguna sentencia declaró que la titularidad de las acciones había sido adquirida por usucapión, en otras se consideró que no se había producido tal usucapión. En la doctrina, un sector ha cuestionado la posibilidad de usucapión de las acciones o, al menos, su reconocimiento con carácter general. En unos casos, el rechazo ha sido total por considerar que los derechos incorporados a la acción son derechos corporativos o de participación, que carecen del carácter de derecho real, por lo que no son susceptibles de usucapión. De manera más matizada, otros autores consideran que sí pueden adquirirse por usucapión las acciones representadas mediante títulos nominativos emitidos y endosados o bien cuando estén representadas mediante títulos valores al portador. Para este sector de la doctrina, la usucapión solo podría justificarse en supuestos de circulación cartular de las acciones, con el fin de integrar el régimen sobre adquisición *a non domino* de los títulos-valores (arts. 545 CCO y 19.II Ley Cambiaria y del Cheque, a los que remite

el art. 120.2.II Ley de Sociedades de Capital), y en aras de la seguridad del tráfico (por ejemplo, para proteger al adquirente frente a vicios en el negocio de transmisión celebrado con el transmitente o para proyectarla sobre quien adquiere sucesivamente del presunto usucapiente, aunque la cadena regular de endoso se haya visto interrumpida). Pero en todo caso siempre y cuando la adquisición que pretenda tutelarse venga acompañada de la entrega y en su caso endoso del título, y se haya verificado a título oneroso y de buena fe.

Ausencia de posesión pública pacífica.-No concurre el requisito de posesión pública porque el ejercicio de los derechos de socio, en concreto el derecho a participar en las juntas de socios en calidad de titulares de las acciones, no puede considerarse público, pues las juntas de socios celebradas en ese periodo no se convocaron, dándoles la publicidad prevista en las normas societarias, bajo el subterfugio de celebrarlas como juntas universales a las que solo asistieron los demandantes y su difunto hermano, pese a que existía una disputa sobre la titularidad de esas acciones que se estaba dilucidando en la elaboración del cuaderno particional en ejecución de sentencia. Y en la única ocasión en la que, en ese periodo se convocó la junta general de socios con la publicidad prevista en las normas societarias, unos socios en conflicto al tener conocimiento de la convocatoria se personaron para asistir a dicha junta en calidad de socios, sin que les fuera permitida la asistencia a la junta, con lo que cuestionaron el ejercicio por los demandantes de los derechos inherentes a las acciones. No ha existido una posesión pacífica, no solo por lo expresado respecto de la junta a la que pretendieron asistir los socios en cuestión, sino también porque el periodo al que los recurrentes refieren su pretendida posesión de las acciones fue justamente aquel en el que se estaba elaborando el cuaderno particional, en ejecución de la sentencia, en cuya ejecución existía una disputa entre los litigantes sobre si procedía la inclusión de esas acciones en la hijuela de los demandantes, lo que estos no consiguieron finalmente. En suma, no puede considerarse adquisición por usucapión de las acciones cuando no concurren los requisitos para la posible usucapión de acción cuando existe controversia sobre la titularidad de estas acciones en el proceso de ejecución judicial sobre el contrato particional, celebración de juntas de socios con la sola asistencia de los demandantes, etc., pues no ha existido una posesión a título de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, de dichas acciones. (**STS 774/2023, de 19 de mayo;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.-La representación procesal de Va. y Vi. interpuso demanda contra: E.; P. G., S.A.; G., S.A.; A., S.A. y los herederos de P. E.: R., Rq., J. F., P. y A. solicitando se declarase la nulidad radical de la transmisión de acciones propias de A., S.A. celebrada entre la propia A., S.A. y V.; la transmisión de acciones propias de A., S.A., celebrada entre A., S.A. y P. G., S.A.; la transmisión de acciones de A. SA, celebrada entre V. y G., S.A., por tratarse todas ellas de operaciones absolutamente simuladas y, en consecuencia, por carecer de causa, subsidiariamente se declare la nulidad radical de las mismas, por estimar que son relativamente simuladas, siendo las causas de los contratos disimulados ilícitas. Igualmente se declare que como consecuencia de la suscripción por contrato particional son propiedad de Va., Ví. y de los herederos de P. E., por tercera partes, todas las acciones de la sociedad A. SA, incluso las que dicen atribuirse P. G, S.A. y G., S.A.; y eventualmente,

para el caso de que no se estimare la pretensión anterior, declare la propiedad de Va., Ví. y de los herederos de P. E. sobre las acciones litigiosas, por haberse consumado en su beneficio la prescripción adquisitiva de dichas acciones. Por su parte, la representación procesal de P. G., S.A. y G., S. A. formuló demanda reconvencional, oponiéndose a la demanda y solicitando que se dicte sentencia estimando la demanda reconvencional que declare que sus representados son dueños de las acciones objeto de este litigio. El Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Madrid, estimó la demanda interpuesta y declaró la nulidad radical de las operaciones objeto de esta *litis* por tratarse todas ellas de operaciones absolutamente simuladas y, en consecuencia, por carecer de causa, condenando a los demandados a restituir la situación inmediatamente anterior a la celebración de las operaciones impugnadas y en consecuencia también declarar como consecuencia de la suscripción del contrato participicial que son propiedad de Va., Ví. y de los herederos de P. E. por terceras partes, todas las acciones de la sociedad A. SA, incluso las que dicen atribuirse P.G., S.A. y G., S.A., con imposición de las costas a los demandados, al tiempo desestimó la demanda reconvencional interpuesta en nombre y representación de P. G., S.A. y G., S.A. Recurrida en apelación por la representación de BB, S.A. y por la representación de E., P.G. S.A. y G. S.A., la Sección Vigesimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia estimando los recursos de apelación formulados por los recurrentes y revocando la sentencia recurrida dejando sin efecto lo en ella acordado, desestimando la demanda formulada, condenando a los actores al pago de las costas procesales devengadas en primera instancia con causa en la demanda por ellos formulada, y estimando la demanda reconvencional declarando que la entidad G. S.A. es titular del número de acciones pretendidas de A., S.A. al haber adquirido las mismas a su anterior titular, la mercantil V., y la entidad P. G. S.A es, igualmente, titular del número de acciones por ella reclamadas de la misma entidad al haberle sido transmitidas las mismas por BB. A. S.A anterior titular de aquéllas, siendo de cuenta de los demandados reconvenidos el pago de las costas procesales devengadas en primera instancia; sin expresa mención de condena a las costas de la alzada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

30. Concurso de acreedores culpable. Situación patrimonial ficticia.—El Tribunal Supremo tras examinar el tenor del artículo 164.2 LC (actual art. 443 TRLC) y hacer referencia a jurisprudencia relevante en la materia (SSTS 669/2012, de 14 de noviembre, y 74/2017, de 24 de octubre) considera que la ampliación de capital social, mediante la cual pasaba de 339.565 euros a 1.000.665 euros, consistente en un inmueble tasado en 1.723.808,16 euros (a fecha 25 de mayo de 2015), que estaba hipotecado en garantía de dos préstamos que habían sido concedidos por BBVA a Aceitunera del Guadiana, S.L., por importes de 1.530.000 euros y 1.730.000 euros, es ficticia pues supone una apariencia de capitalización que no responde a la realidad. Además, se declara la existencia de irregularidades contables. Ello justifica la calificación culpable del concurso.

Responsabilidad a la cobertura del déficit concursal.—El Alto Tribunal considera que ni la sentencia de primera instancia, ni la Audiencia justifican en qué medida la petición de cobertura de déficit acordada guarda relación con las dos conductas en que fundaban la calificación culpable: la simulación de una situación patrimonial ficticia y las irregularidades contables. Concluye, tras aludir a la STS 279/2019, de 22 de mayo que en el caso que nos ocupa, «ni existe una justificación de por qué la irregularidad contable que aflora con los ajustes contables realizados el 31 de diciembre de 2014 ha podido contribuir a agravar la insolvencia, y en concreto en la diferencia del déficit patrimonial que existía en esa fecha (31 de diciembre de 2014) y la solicitud de concurso, unos meses después, ni tampoco resulta evidente por sí misma». Tampoco existe razonamiento o argumentación alguna que explique en qué medida contribuyó a dicha agravación, para justificar la condena a la cobertura parcial del déficit, en lo que se refiere a la simulación de una situación patrimonial ficticia, que hubiera podido haber incidido en la agravación de la insolvencia. (**STS 1007/2023, de 21 de junio;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La administración concursal de la entidad «Aceitunera del Guadiana» S.L., presentó informe de calificación de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz, para que se dictase resolución por la que se declare: culpable el concurso de «Aceitunera del Guadiana», S.L. [Por los siguientes motivos: la simulación de una situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6.^º LC), existir irregularidades en la contabilidad (art. 164.2.1.^º LC), alzamiento de bienes (art. 164.2.4.^º LC) y retraso en la solicitud de concurso (art. 165. 1.^º LC)] persona afectada por la calificación a Gonzalo y cómplice a la entidad «Explotaciones Olivareras», S.Coop. El Ministerio Fiscal se une a esta petición.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la propuesta e impone a Gonzalo, la inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier otra persona por tiempo de 5 años, condenándole a la pérdida de derechos que como acreedor concursal o de la masa ostentase y a devolver los bienes indebidamente recibidos de la masa y a indemnizar por la diferencia de los créditos existentes a la fecha de solicitud de concurso y los existentes a 31 de diciembre de 2014, todos los cuales se determinarán en ejecución de sentencia, una vez sea ésta firme. También condena a «Explotaciones Olivareras», S. Coop., a devolver aquellos bienes que hubiera obtenido o recibido indebidamente del patrimonio social de la concursada, todos los cuales se determinarán en ejecución de sentencia, una vez sea ésta firme.

La sentencia dictada fue recurrida en apelación por la representación de Gonzalo y de las entidades Explotaciones Olivareras S. Coop. y Aceitunera del Guadiana S.L. La Audiencia Provincial de Badajoz desestima el recurso.

Nuevamente, Gonzalo, Explotaciones Olivareras S. Coop. y Aceitunera del Guadiana, S.L. interponen recurso de casación, que es estimado parcialmente por el Alto tribunal en lo que atañe a la condena a la cobertura del déficit concursal. (*M. Z. Z.*)