

Sentencias

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

Colaboran: Alicia AGÜERO ORTÍZ (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Cristina ARGELICH COMELLES (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Brian BUCHHALTER MONTERO (Estudiante de posgrado. Universidad Internacional de La Rioja), Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Gabriel GARCÍA CANTERO (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Jose María MARTÍN FABA (Profesor ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTANA NAVARRO (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Abusividad en servicios de apuestas deportivas.—La Orden EHA/3080/2011, al reglamentar las reglas básicas a las que habrán de atenerse los operadores para el desarrollo y explotación de las apuestas deportivas, prevé la posibilidad de que existan reglas particulares elaboradas por estos operadores. Dichas reglas particulares vertidas en el condicionado general del contrato no solamente deben ajustarse a esta Orden, sino que, además, pueden ser susceptibles de un control de abusividad. El artículo 13.6 de esa norma contempla unas garantías mínimas que deben respetarse en relación con las consecuencias de la anulación de apuestas por los operadores, en aplicación de las reglas particulares, y en concreto que el dinero apostado sea reintegrado íntegramente y sin coste alguno al jugador. En este caso, la abusividad no está en que se incluya esta posibilidad en el clausulado del contrato, sino en la forma en que esté redactada. Si la posibilidad de anular la apuesta, una vez formalizada, por parte del operador está contemplada de una manera excesivamente amplia, que le confiere a éste una arbitrariedad tan grande que queda a su discrecionalidad el cumplimiento del contrato, entonces podría hablarse de una cláusula abusiva.

La doctrina del abuso del derecho.—Esta doctrina se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos. Para apreciar el abuso del derecho, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; 2) un daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar) o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo). Cuando el daño deriva del ejercicio de un derecho estatutario, el abuso puede invocarse para privar de legitimación a quien ejercita de forma abusiva su derecho y evitar así el perjuicio, y no tanto para instar una indemnización. (**STS de 11 de marzo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—CI es una empresa que gestiona apuestas por internet relacionadas con eventos deportivos. Entre el día 4 y el 8 de diciembre de 2014, PO realizó 78 apuestas, por un importe total de caso 685 euros y por las que ganó casi 2.800.000 euros. CI anuló las apuestas efectuadas, después de celebrarse el evento deportivo, porque había detectado un error en el cálculo de la cuota ofertada, que habría sido aprovechado por PO. Éste interpuso una demanda por incumplimiento contractual, en la que exigía a CI el abono del importe del premio.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, entendiendo correctamente aplicada por CI la cláusula de las condiciones generales del contrato que le permitía invalidar las apuestas por errores humanos de sus empleados o errores informáticos, apuestas con cuotas incorrectas o realizadas a sabiendas del resultado correcto. La sentencia fue recurrida en apelación por el actor. La Audiencia estimó el recurso, entendiendo abusivas las condiciones genera-

les incluidas en el artículo 6 del contrato (permitía invalidar la apuesta, concluido el evento, por errores humanos de sus empleados o errores informáticos, apuestas con cuotas incorrectas o realizadas a sabiendas del resultado correcto) y en el artículo 19 (que señala como causa de resolución automática del contrato cualquier incumplimiento por parte del usuario). Las calificó de abusivas por desconocer el principio de reciprocidad contractual, condenando a la demandada a abonar el premio.

Frente a dicha sentencia, CI interpuso recurso de casación. En primer lugar, alega que no procedía declarar la abusividad de estas cláusulas por razón de su contenido porque eran esenciales del contrato y respecto de ellas sólo cabía los controles de incorporación y transparencia, que en este caso se cumplían. El Tribunal Supremo desestima este motivo. Explica que se trata de dos cláusulas que no definen el objeto principal del contrato de apuesta ni regulan sus elementos esenciales, sino que habilitan a una de las partes, el predisponente, para, después de haberse concertado las apuestas y, en consecuencia, el contrato, invalidarlo unilateralmente o resolverlo.

En segundo lugar, el recurrente considera que el artículo 15.2.b) Ley 13/2011, de regulación del juego, y el artículo 13.6 Orden EHA/3080/2011, por la que se desarrolla la reglamentación básica de las apuestas deportivas, impiden declarar abusivas aquellas cláusulas que recojan previsiones reguladas en una disposición de carácter general y que resulten aplicables a los contratantes. Dichas normas reconocen expresamente la facultad del empresario de anular apuestas y resolver el contrato de apuesta en caso de que se produzca un incumplimiento de la ley, de la orden ministerial, del contrato o de las reglas particulares. El Tribunal Supremo entiende que, el hecho de que la normativa administrativa, al reglamentar las reglas básicas a las que habrán de atenerse los operadores para el desarrollo y explotación de las apuestas deportivas, prevea que existan reglas particulares elaboradas por estos operadores, no significa que éstas no puedan ser susceptibles de un control de abusividad. Apunta el Tribunal Supremo que, cuando los tribunales analizaron la abusividad de las cláusulas litigiosas, no infringieron la citada normativa, por lo que desestima también este motivo.

En tercer lugar, se alega que la sentencia recurrida declaró la nulidad de la cláusula 6 por falta de reciprocidad, realizando una interpretación de los artículos 82.4.a) y c), 85.3, 85.4, 85.7, 87.3 y 89.2 TRLGDCU contraria a la realidad social actual y al contexto en el que están insertadas las referidas cláusulas. El Tribunal Supremo desestima igualmente este motivo. A su juicio, dicha cláusula está redactada de una manera tan amplia, que confiere una arbitrariedad muy grande a la empresa en su ejecución, lo que permite en la práctica que quede al arbitrio de la empresa de apuestas el cumplimiento del contrato. Además, señala el Tribunal Supremo que deberían objetivarse un poco más las razones de la anulación, pues están formuladas en términos demasiado genéricos, que no impiden un uso arbitrario de ellas. De ahí su carácter abusivo.

Finalmente, el recurrido sostiene que la conducta de PO supone un abuso de derecho respecto del contrato de juego suscrito con la empresa de apuestas y que actuó de mala fe, al realizar las apuestas

reclamadas con la intención de aprovechar un error informático. Según el Tribunal Supremo, esa conducta desarrollada por PO no constituye un acto contrario a la buena fe ni un abuso de derecho. Es un acto de perfeccionamiento de un contrato de apuesta, a la vista de las condiciones ofrecidas por la empresa de apuestas. Lo realmente relevante, apunta, es el volumen de apuestas realizadas (78) y la desproporción existente entre el riesgo asumido y el beneficio obtenido, en el marco de un contrato aleatorio en el que el error en la determinación de la cuota garantizaba el éxito de la apuesta. El actor se percató del error de cálculo realizado por la empresa y efectuó un alto número de apuestas, desvirtuándose así la aleatoriedad típica de este tipo de contrato (art. 1790 CC), al ser la probabilidad de acierto de aproximadamente un 90%. Conforme al Alto Tribunal, son estas circunstancias las que, a tenor del artículo 7.2 CC, contribuyen a que la actuación de PO sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho. Por ello, termina estimando el recurso de la empresa demandada, confirmando así la sentencia de primera instancia.

NOTA.—Sobre el control de abusividad y el control de transparencia, *vid.* las SSTS de 24 de marzo y 29 de abril de 2015. Respecto a la doctrina del abuso del derecho, *vid.* las SSTS de 16 de mayo de 2001, 1 de febrero de 2006, 18 de mayo de 2005, 10 de noviembre de 2010, 21 de noviembre de 2012 y 3 de abril de 2014. (S. L. M.)

2. Responsabilidad extracontractual. Actuaciones penales.

Comienzo del plazo de prescripción de la acción civil: teoría de la *actio nata*.—El día inicial para el ejercicio de la acción civil, de acuerdo con el artículo 1969 CC, es aquel en que puede ejercitarse, según el principio siguiente: *la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir* (SSTS 6/2015, de 13 de enero; 279/2020, de 10 de junio, y 326/2020, de 22 de junio, entre otras muchas). Este principio exige, para que comience a correr la prescripción en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar.

La tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del plazo de prescripción extintiva de la acción civil.—Esta doctrina resulta de los artículos 111 y 114 LECrim, en relación con el artículo 1969 CC, al constituir un impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil (SSTS 398/2017, de 27 de junio, del Pleno; 416/2018, de 3 de julio, y 339/2020, de 23 de junio, entre otras muchas).

En los procedimientos civiles sobre responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse.—A tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, puesto en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim. y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil (SSTS 398/2017, de 27 de junio, del Pleno; y 339/2020, de 23 de junio, entre otras).

Ejercicio de la acción penal con reserva de las acciones civiles: plazo de prescripción de estas últimas.—En relación con las actuaciones penales en las que el perjudicado se hubiera reservado las acciones civiles para ejercitarlas separadamente, el plazo de prescripción de la acción civil no comienza a correr hasta la notificación al perjudicado de la resolución que ponga fin al proceso penal (SSTS de 19 de julio de 2007, 15 de diciembre de 2010 y 21 de enero de 2014, entre otras).

La acción penal, con sus posibles efectos en el orden civil, supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los Tribunales.—Por este motivo interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 CC, al tiempo que el artículo 114 LECrim impide que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito, pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho (SSTS 112/2015, de 3 de marzo, 185/2016, de 18 de marzo, y 440/2017, de 17 de julio).

Las actuaciones penales dirigidas contra personas indeterminadas e incluso distintas de aquella contra quien se esgrime la acción civil impiden la prescripción de esta última.—Dado que los impedimentos que suponen los artículos 111 y 114 LECrim, en cuanto a la iniciación de un proceso civil, no derivan de la coincidencia de los elementos personales intervinientes en ambos procesos sino en atención a la identidad de los hechos susceptibles de enjuiciamiento en los dos órdenes jurisdiccionales (SSTS de 30 de septiembre de 1993, 7 de diciembre de 2000). Las SSTS de 12 de abril de 2004 y 13 de enero de 2015 sostienen, en este sentido, que el plazo de un año de prescripción extintiva de la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1.968.2 CC, cuando existe un proceso penal, no se inicia hasta que éste ha terminado, puesto que mientras esté subsistente, cualesquiera que sean las personas implicadas, el perjudicado no puede formular la demanda civil, ni contra ellas, ni contra otras distintas.

La prescripción extintiva en la solidaridad impropia.—En los casos de solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción civil con respecto a uno de los deudores solidarios no afecta a los otros, salvo aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción (SSTS de Pleno de 14 de mayo de 2003, 25 de noviembre de 2016, 14 de marzo de 2019 y 15 de enero de 2020). **(STS de 22 de febrero de 2021;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora viajaba como pasajera en un tranvía de la ciudad de Alicante, que se vio involucrado en un siniestro de tráfico, al colisionar contra un automóvil asegurado por Generali España, S.A. A causa de las lesiones sufridas en dicho siniestro, la actora presentó denuncia penal contra el conductor del tranvía, Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana, Mapfre y cualquier otra persona que resultase responsable. El procedimiento penal fue archivado. Posteriormente, la pasajera lesionada interpuso demanda contra la aseguradora en reclamación de 8.773,06 euros.

Los hechos se dieron el 14-06-2014, el alta médica el 16-09-2014, la denuncia penal fue el 28-09-2014, que dio lugar al juicio penal que se archivó el 27-11-2015, se formuló reclamación extrajudicial a la demandada el 29-12-2015 y la demanda se presentó el 3 de junio de 2016, por consiguiente, dentro del plazo del año del artículo 1968 CC.

El juzgado desestimó la demanda, al apreciar la excepción de falta de legitimación activa por considerar que no se había acreditado que la actora viajara en el tranvía. La Audiencia, sin embargo, consideró acreditado que la actora viajaba en el tranvía, pero acogió la excepción de prescripción del plazo de un año opuesta por la aseguradora. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación presentado por la actora, al estimar que no había transcurrido el plazo de prescripción extintiva, con devolución de las actuaciones para que la audiencia se pronunciase sobre las cuestiones objeto de debate. (I. D.-L.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Dimensión constitucional y dimensión económica del derecho a la propia imagen.—El derecho a la propia imagen tiene dos dimensiones: la constitucional y la económica. La dimensión constitucional está ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. El derecho garantizado en el artículo 18.1 CE, por su carácter personalísimo, limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. De aquí deriva su regulación por ley orgánica, respetando a su contenido esencial, el recurso de amparo y su tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.

La dimensión económica permite negociar con la propia imagen y se refiere a la protección de sus valores económicos, patrimoniales o comerciales, que afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad (ej.: los artistas profesionales del espectáculo). Aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE. Cuando alguien autoriza el uso de su imagen a través del correspondiente contrato, cabe también su revocación, pues el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. En esos casos de cesión voluntaria de la imagen, el régimen de los efectos de la revocación deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio. Corresponderá a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto en tales supuestos. En cualquier caso, los intereses económicos no pueden ser acogidos en un procedimiento sobre la protección civil del derecho a la propia imagen, sino que la víctima tiene que acudir a un procedimiento ordinario por incumplimiento contractual. (STS de 9 de marzo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Se trata de determinar si el uso consentido de la imagen de una modelo para una campaña, en el caso de exceder dicha utilización pactada, constituye una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen o si, por el contrario, mediando consentimiento, la explotación comercial o publicitaria de la imagen tiene un contenido meramente patrimonial que, aunque goza de protección, no es la dispensada por el ordenamiento a los derechos

de la personalidad. SO interpuso demanda por la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Alegó que su agente acordó con la empresa de publicidad DI una sesión de trabajo publicitario para un determinado producto y que dicho acuerdo no fue respetado, pues que su imagen siguió utilizándose tras la fecha pactada. Las demandadas se opusieron a la demanda, negando que hubiera transcurrido el plazo de cesión del derecho a la propia imagen, ya que ésta estaba circunscrita a una campaña publicitaria concreta. En la factura se especificaba que la cesión de derechos de imagen era por un año desde la primera publicación.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, basándose en que quedaba constatado el consentimiento inicial de la demandante y en que las discrepancias sobre la fecha de finalización de la campaña había que resolverlas en un procedimiento sobre incumplimiento contractual y no en un procedimiento sobre intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, caracterizado por las notas de preferencia y sumariedad. A la misma conclusión llegó la Audiencia Provincial.

La actora interpuso recurso de casación, insistiendo en la intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen por haberla utilizado fuera del contexto del contrato, y las demandadas se opusieron al mismo, reiterando que no se trataba de defender un derecho fundamental, sino que la reclamación debió articularse por incumplimiento contractual, al constituir una reclamación puramente patrimonial. El Tribunal Supremo señala que en los supuestos en los que la persona cede la explotación de su derecho a la propia imagen en virtud de un contrato y con fines publicitarios, además de estar a lo dispuesto en la LO 1/1982, habrá que acudir al contenido del contrato y a su interpretación. Cuando media consentimiento para la cesión de la imagen y lo que se discute es lo que correspondería cobrar de más al cedente en atención a un uso que se considera que excede de lo acordado, la cuestión no está relacionada con la vulneración de un derecho de la personalidad, sino con la contraprestación que tiene derecho a recibir o a la indemnización por incumplimiento de contrato, aspecto puramente económico de la explotación de los derechos de imagen cedidos que es ajeno a la tutela de los derechos fundamentales. Según el Alto Tribunal, dados los términos del contrato, no se puede entender que se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la actora. De ahí que acabe desestimando el recurso.

NOTA.—La distinción entre el derecho fundamental y su vertiente o contenido meramente patrimonial ha sido acogida por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Así, *vid.* las SSTC 117/1994, 81/2001, 231/1988 y 99/1994, y las SSTS de 20 de abril de 2001, 22 de julio de 2008, 26 de febrero de 2009 y 21 de abril de 2016, entre otras. Sobre exclusividad de cada persona a decidir la explotación económica de su imagen, *vid.* las SSTS de 9 de mayo de 1988, 1 de abril de 2003, 22 de enero de 2004, 8 de mayo de 2014 y 21 de abril de 2016. (*S. L. M.*)

4. Infracción del derecho al honor a través de Internet.—El Tribunal Supremo concluye que la publicación en una página web de unas manifestaciones constitutivas de una intromisión ilegítima en el derecho al honor provoca un daño permanente, por lo que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de protección de este derecho es el de la publicación en Internet. No aplica en estos casos la doctrina planteada en casos de mantenimiento indebido de datos personales en ficheros de morosos. En estos supuestos, estamos ante un fichero destinado a la consulta y al intercambio de datos entre el responsable del mismo y las empresas asociadas, que lo consultan periódicamente, lo que da lugar a un daño continuado. **(STS de 2 de marzo de 2021;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Los días 6 y 7 de mayo de 2004, se publicaron en un foro de Internet varios textos referidos a AR. El 8 de septiembre de 2014, éste interpuso una demanda por infracción de su derecho al honor profesional, conforme a los artículos 1, 2, 7.7 y 9 LO 1/1982, contra AL y BE, participantes identificados en ese foro, y contra AG, administrador de la página web donde estaba ubicado el foro, por considerar que las frases expresadas en él atentaban contra su honor y prestigio personal y profesional. Solicita: a) la declaración de la intromisión ilegítima; b) el abono de una indemnización; c) la imposición a los demandados de la prohibición de difundir de nuevo y por cualquier medio o soporte aquellos insultos; d) la difusión de la sentencia estimatoria.

El Juzgado de Primera Instancia consideró caducadas las acciones ejercitadas, pues la demanda se interpuso cuando habían transcurrido más de cuatro años desde que se publicaron las manifestaciones objeto de la demanda.

El actor recurrió en apelación. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso. Declaró que las acciones no estaban caducadas, puesto que entendió que se trataba de daños continuados y que, conforme a la jurisprudencia sobre intromisión al honor por inclusión indebida en ficheros de morosos, el plazo de caducidad de la acción no se iniciaba mientras perdurara la publicación del texto en Internet. Condenó a los demandados al pago de una indemnización, pero en una cuantía mucho más reducida que la solicitada por el actor.

Tanto el demandante como los demandados interpusieron recursos de casación. Los demandados basaron su recurso en la caducidad de la acción. A su juicio, el *dies a quo* para el cómputo de la caducidad para el ejercicio de la acción de tutela del derecho al honor, respecto de un comentario publicado en Internet, debe situarse en su fecha de publicación. El Tribunal Supremo estima los recursos de los demandados, al entender que no estamos ante un daño continuado, sino permanente, por lo que se entiende caducada la acción ejercitada por el actor, ya que el *dies a quo* se computa desde el momento de la publicación en Internet de las declaraciones ofensivas para el honor.

NOTA.—Sobre daños producidos por el mantenimiento indebido de datos personales en ficheros de morosos, *vid.* la STS de 10 de junio de 2020. (S. L. M.)

5. Protección del honor e intimidad en los programas de crónica social o prensa rosa. Protección de la memoria de un difunto.—En el contexto de programas de crónica social o prensa rosa, de discusión cruzada, propiciada por desencuentros anteriores, que tienen como marco tertulias o prensa rosa y los usos relacionados con ello, con un debate dirigido a polemizar y provocar, la emisión de expresiones duras y excesivas pueden quedar amparadas por la libertad de expresión, aunque sean de mal gusto, ordinarias o soeces, cuando se hace uso del *animus retorquendi*, replicando de forma activa en el contexto del debate suscitado. Y ello con más motivo cuando la persona en cuestión ha realizado autoexposición pública respecto de sus avatares personales y profesionales.

En este contexto, predomina la libertad de expresión y los aspectos valorativos en el marco de unos programas frívolos de espectáculo y entretenimiento.

Por otra parte, si la ley reconoce la legitimación para la defensa de la memoria de una persona fallecida a determinados familiares es también exigible a quien actúa como guardián de la memoria del causante una conducta clara y tajante que no deje lugar a dudas sobre su reacción frente al insulto al recuerdo del difunto.

En última instancia porque, como resulta de la doctrina del Tribunal Constitucional, con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o el recuerdo por parte de sus allegados, y su contenido y la intensidad de su protección no son los mismos que en el caso de las personas vivas. De ahí la relevancia del comportamiento observado por quien ejercita la acción invocando los derechos de la personalidad de una persona fallecida. **(STS de 16 de marzo de 2021;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Virginia e Isabel, hermanas entre sí, interponen demanda de juicio ordinario sobre tutela del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de su hermana fallecida, Bárbara, contra la entidad Mediaset España, por unas declaraciones emitidas en varios programas de televisión relativas a la salud, adicciones y vida sentimental de la fallecida. La demanda es desestimada, dado que Bárbara intervino en programas de la demandada exponiendo datos de su vida privada y profesional como objeto de crónica social, de modo que ella misma había establecido los límites de su derecho a la intimidad.

Virginia e Isabel recurren en apelación. El recurso es desestimado. La Audiencia, en su juicio de ponderación de derechos, consideró que, a pesar de proferirse expresiones de consumos excesivos de determinadas sustancias, no se afirmaba nada inveraz, inventado o carente de constatación. Además, Bárbara compareció en programas televisivos exponiendo aspectos de su vida, lo que añade un plus de interés informativo sobre sus últimos tiempos, incluidas las circunstancias de su fallecimiento.

Virginia e Isabel interponen recurso de casación. El recurso es desestimado por prevalecer en este contexto la libertad de expresión frente al honor e intimidad de una persona que, *motu proprio*, hizo públicos aspectos de su vida profesional y personal con objeto de crónica social. (T. R. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Contratos con causa ilícita.—La cuestión fundamental que debe decidirse en este recurso consiste en si tiene causa ilícita un préstamo hipotecario solicitado por el «administrador único de facto» de la entidad prestataria para blanquear el dinero procedente del tráfico de drogas, cuando una sentencia penal declara que quienes intervinieron en representación de la persona jurídica prestamista actuaron imprudentemente pues «incumplieron los deberes propios de su cargo». Según el Tribunal Supremo, no es apreciable la ilicitud de la causa del contrato cuando la finalidad ilícita es buscada por una sola de las partes y en la otra parte solo concurre una conducta imprudente que posibilita esa finalidad ilícita pero no la persigue ni la consiente. La diligencia debida, por más que suponga una imprudencia grave, no supone que el blanqueo de capitales fuera el propósito común de ambas partes al concertar el contrato, pues no implica que quienes actuaron imprudentemente tuvieran como propósito participar en la operación de blanqueo de capitales, ni que la conocieran y pese a ello consintieran en contratar. Al no concurrir un propósito común (o querido por una parte y consentido por la otra) de cometer un delito mediante la celebración del contrato de préstamo hipotecario, no puede afirmarse que el propósito delictivo de una de las partes quedara incorporado al contrato y que este tenga causa ilícita y, por tanto, sea nulo y releve al prestatario de la obligación de reintegrarlo al prestamista. (STS de 23 de marzo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Una mercantil compró un inmueble en el que se ubicaba el negocio denominado «Club Oasis» y, para financiar dicha compra, suscribió con el Banco Popular una escritura de préstamo con garantía hipotecaria. En la operación de préstamo, el Banco Popular actuó por medio de sus apoderados. La mercantil fue declarada en concurso, y el Banco Popular tuvo reconocido un crédito por importe del crédito hipotecario suscrito con la concursada, que aparece una parte como crédito con privilegio especial y el resto como crédito subordinado. Estando abierto el proceso concursal, la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que declaró que la compra del «Club Oasis» fue una operación de blanqueo de capitales provenientes del narcotráfico, y que la suscripción del préstamo hipotecario fue parte de dicha operación de blanqueo de capitales. La Audiencia Nacional condenó al administrador de la mercantil como autor de un delito de blanqueo de capitales. Asimismo, condenó a los apoderados del Banco como autores cada uno de ellos de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia, porque «incumplieron los deberes propios de su cargo».

La administración concursal interpuso una demanda pidiendo de manera principal la eliminación del crédito que ostentaba el Banco Popular en el concurso. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda.

Recurrida en apelación por el Banco la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial estima el recurso. La administración concursal interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (*J. M.^a M. F.*)

7. Nulidad parcial de contrato de préstamo por error vicio del consentimiento: imposibilidad por afectar a cláusulas relativas a derivado financiero que determinan el interés aplicable, parte inescindible e inseparable del contrato.—Cuando el derivado financiero implícito sea parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo, el incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera no puede justificar la nulidad parcial del contrato por error en el consentimiento, sino, en su caso, la de todo él. El derivado implícito forma parte inescindible del préstamo si es utilizado para fijar el interés pactado, elemento esencial del contrato, por lo que no cabe su nulidad parcial mediante la supresión del derivado y su integración con un interés variable referenciado al Euríbor sin diferencial (STS 4/2019, de 9 de enero, que cita las SSTS 450/2016, de 1 de julio, y 66/2017, de 2 de febrero). **(STS de 17 de febrero de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Una mercantil interpuso demanda frente a una entidad bancaria solicitando la declaración de nulidad por error de las cláusulas relativas al derivado financiero implícito en un contrato de préstamo, que determinaba los intereses aplicables, así como de una cláusula que regulaba el coste de cancelación anticipada del contrato. En primera instancia la demanda fue estimada íntegramente. La Audiencia Provincial revocó parcialmente el pronunciamiento, pues mantuvo la nulidad por error de las cláusulas que describían al derivado implícito como condición esencial y fijaban la penalización por cancelación anticipada del préstamo; y en cambio, no consideró nula la cláusula de determinación de los intereses al no apreciar error. La entidad bancaria recurrió en casación amparándose en la infracción de los artículos 1266 y 1256 CC, alegando que no debía declarar la nulidad parcial de un contrato de préstamo hipotecario, por error vicio del consentimiento sobre cláusulas relativas a la penalización y liquidación en caso de cancelación anticipada. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia reitera la doctrina según la cual no cabe declarar la nulidad parcial de un contrato de préstamo por error en el consentimiento sobre un derivado implícito que es parte inescindible e inseparable de aquel negocio. La STS 789/2021, de 16 de noviembre, apreció error en un derivado implícito que afectaba solo a la comisión por cancelación anticipada, no así a los intereses, por lo que, al no constituir el derivado parte inescindible del contrato del préstamo, este pronunciamiento no contradice la doctrina referida. (F. S. N.)

8. Dolo como vicio del consentimiento prestado por un cofiador en un aval solidario. Sujetos activo y pasivo.—El efecto invalidante del dolo, como vicio del consentimiento, se produce dentro del ámbito de las relaciones obligacionales entre el contratante del que procede el dolo y el contratante que lo padece, sin llegar a contaminar el vínculo obligacional, principal o accesorio, del que no forme parte ningún contratante al que quepa imputar la conducta dolosa. A diferencia de lo que sucede en los casos de otros vicios del consentimiento (art. 1268 CC), el dolo para provocar un efecto anulatorio del contrato debe proceder de «uno de los contratantes» (art. 1269 CC). En el

caso de una fianza solidaria, existe dolo invalidante del consentimiento de uno de los cofiadores, cuando el dolo es imputable al prestatario, así como al otro cofiador. En ese caso, el dolo no procede de terceros, sino de partes contratantes. Es decir, cabe apreciar dolo invalidante del consentimiento de un cofiador cuando dolo se ubica tanto (i) en la relación el cofiador y la prestataria; o (ii) en la relación interna que vincula a los cofiadores entre sí. Sin embargo, no cabe apreciar dolo del acreedor en la relación entre el cofiador y la prestamista, pues en ese caso el dolo procedería de un tercero ajeno a la relación y no de uno de los contratantes. **(STS de 3 de marzo de 2021;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Ante la situación cercana a la insolvencia en que se encontraba, el consejo de administración de la sociedad BSC acordó, el 28 de febrero de 2013, por unanimidad la formalización de préstamo participativo a otorgar por la sociedad SRP por importe de 1,5 millones de euros. Dicho préstamo se elevó a escritura pública el 6 de marzo de 2013. A la escritura de préstamo participativo se acompañó un balance de la situación contable de BSC en el que se hacía constar que la información contenida era correcta y veraz. El 8 de abril de 2013, BSC presentó ante el juzgado la comunicación de situación cercana a la insolvencia prevista en el artículo 5 bis LC 2003, advirtiéndose la imposibilidad de la sociedad de cumplir con sus obligaciones ordinarias, incluido el préstamo participativo. El 26 de junio de 2013 el juzgado declaró a BSC en concurso de acreedores. Esta situación determinó que la sociedad IBERSA —avalista solidaria del préstamo participativo— reconociese la deuda frente a SRP y acordara el pago fraccionado. El otro avalista solidario del préstamo participativo era Arcadio, titular de un 25% del capital social en el momento de la concesión del préstamo. En ejercicio de la acción de repetición prevista en el artículo 1145 CC, IBERSA solicitó la condena de aquél al pago de la cantidad de 43.750 euros, así como de las prestaciones futuras que se devengasen de acuerdo con los pagos que vaya realizando por las obligaciones derivadas del aval. Arcadio contestó a la demanda, solicitando su desestimación y, a su vez, planteó una demanda reconvenzional contra IBERSA, SRL y el resto de los accionistas de BSC solicitando la nulidad del aval prestado por haber sido prestado su consentimiento a la fianza como consecuencia del dolo del resto de los participantes en el préstamo. A juicio de Arcadio, el dolo consistió en convencerle para que afianzara solidariamente un préstamo de 1.500.000 euros diciéndole que iba a destinarse a un plan de negocio con inversiones que relanzarían la actividad de BSC, presentándole a él y a la entidad prestamista unas cuentas de la sociedad que no reflejaban la imagen fiel de la situación económica y patrimonial, y afirmando que la sociedad no estaba en ese momento en situación de incumplimiento de ninguna de sus obligaciones.

El juzgado de primera instancia dictó sentencia en la que acordaba desestimar la demanda presentada por IBERSA frente a Arcadio, y estimar la demanda reconvenzional presentada por este último por apreciar la concurrencia del vicio de dolo en su consentimiento con-

tractual y, en consecuencia, declaró nulo el contrato de fianza suscrito el 6 marzo 2013.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estimó los recursos presentados por IBERSA y por SRP, estimó la demanda de la primera, y condenó a Arcadio al pago de la cantidad de 43.750 euros. Frente a esta sentencia, Arcadio presentó recurso de casación. (A. I. R. A.)

9. Abusividad en servicios de apuestas deportivas.—La Orden EHA/3080/2011, al reglamentar las reglas básicas a las que habrán de atenerse los operadores para el desarrollo y explotación de las apuestas deportivas, prevé la posibilidad de que existan reglas particulares elaboradas por estos operadores. Dichas reglas particulares vertidas en el condicionado general del contrato no solamente deben ajustarse a esta Orden, sino que, además, pueden ser susceptibles de un control de abusividad. El artículo 13.6 de esa norma contempla unas garantías mínimas que deben respetarse en relación con las consecuencias de la anulación de apuestas por los operadores, en aplicación de las reglas particulares, y en concreto que el dinero apostado sea reintegrado íntegramente y sin coste alguno al jugador. En este caso, la abusividad no está en que se incluya esta posibilidad en el clausulado del contrato, sino en la forma en que esté redactada. Si la posibilidad de anular la apuesta, una vez formalizada, por parte del operador está contemplada de una manera excesivamente amplia, que le confiere a éste una arbitrariedad tan grande que queda a su discrecionalidad el cumplimiento del contrato, entonces podría hablarse de una cláusula abusiva.

La doctrina del abuso del derecho.—Esta doctrina se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos. Para apreciar el abuso del derecho, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; 2) un daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar) o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo). Cuando el daño deriva del ejercicio de un derecho estatutario, el abuso puede invocarse para privar de legitimación a quien ejercita de forma abusiva su derecho y evitar así el perjuicio, y no tanto para instar una indemnización. (STS de 11 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—CI es una empresa que gestiona apuestas por internet relacionadas con eventos deportivos. Entre el día 4 y el 8 de diciembre de 2014, PO realizó 78 apuestas, por un importe total de caso 685 euros y por las que ganó casi 2.800.000 euros. CI anuló las apuestas efectuadas, después de celebrarse el evento deportivo, porque había detectado un error en el cálculo de la cuota ofertada, que habría sido aprovechado por PO. Éste interpuso una demanda por incumplimiento contractual, en la que exigía a CI el abono del importe del premio.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, entendiendo correctamente aplicada por CI la cláusula de las condiciones generales del contrato que le permitía invalidar las apuestas por

errores humanos de sus empleados o errores informáticos, apuestas con cuotas incorrectas o realizadas a sabiendas del resultado correcto. La sentencia fue recurrida en apelación por el actor. La Audiencia estimó el recurso, entendiéndolo abusivas las condiciones generales incluidas en el artículo 6 del contrato (permitía invalidar la apuesta, concluido el evento, por errores humanos de sus empleados o errores informáticos, apuestas con cuotas incorrectas o realizadas a sabiendas del resultado correcto) y en el artículo 19 (que señala como causa de resolución automática del contrato cualquier incumplimiento por parte del usuario). La calificó de abusivas por desconocer el principio de reciprocidad contractual, condenando a la demandada a abonar el premio.

Frente a dicha sentencia, CI interpuso recurso de casación. En primer lugar, alega que no procedía declarar la abusividad de estas cláusulas por razón de su contenido porque eran esenciales del contrato y respecto de ellas sólo cabía los controles de incorporación y transparencia, que en este caso se cumplían. El Tribunal Supremo desestima este motivo. Explica que se trata de dos cláusulas que no definen el objeto principal del contrato de apuesta ni regulan sus elementos esenciales, sino que habilitan a una de las partes, el predisponente, para, después de haberse concertado las apuestas y, en consecuencia, el contrato, invalidarlo unilateralmente o resolverlo.

En segundo lugar, el recurrente considera que el artículo 15.2.b) Ley 13/2011, de regulación del juego, y el artículo 13.6 Orden EHA/3080/2011, por la que se desarrolla la reglamentación básica de las apuestas deportivas, impiden declarar abusivas aquellas cláusulas que recojan previsiones reguladas en una disposición de carácter general y que resulten aplicables a los contratantes. Dichas normas reconocen expresamente la facultad del empresario de anular apuestas y resolver el contrato de apuesta en caso de que se produzca un incumplimiento de la ley, de la orden ministerial, del contrato o de las reglas particulares. El Tribunal Supremo entiende que, el hecho de que la normativa administrativa, al reglamentar las reglas básicas a las que habrán de atenerse los operadores para el desarrollo y explotación de las apuestas deportivas, prevea que existan reglas particulares elaboradas por estos operadores, no significa que éstas no puedan ser susceptibles de un control de abusividad. Apunta el Tribunal Supremo que, cuando los tribunales analizaron la abusividad de las cláusulas litigiosas, no infringieron la citada normativa, por lo que desestima también este motivo.

En tercer lugar, se alega que la sentencia recurrida declaró la nulidad de la cláusula 6 por falta de reciprocidad, realizando una interpretación de los artículos 82.4.a) y c), 85.3, 85.4, 85.7, 87.3 y 89.2 TRLGDCU contraria a la realidad social actual y al contexto en el que están insertadas las referidas cláusulas. El Tribunal Supremo desestima igualmente este motivo. A su juicio, dicha cláusula está redactada de una manera tan amplia, que confiere una arbitrariedad muy grande a la empresa en su ejecución, lo que permite en la práctica que quede al arbitrio de la empresa de apuestas el cumplimiento del contrato. Además, señala el Tribunal Supremo que deberían objetivarse un poco más las razones de la anulación, pues

están formuladas en términos demasiado genéricos, que no impiden un uso arbitrario de ellas. De ahí su carácter abusivo.

Finalmente, el recurrido sostiene que la conducta de PO supone un abuso de derecho respecto del contrato de juego suscrito con la empresa de apuestas y que actuó de mala fe, al realizar las apuestas reclamadas con la intención de aprovechar un error informático. Según el Tribunal Supremo, esa conducta desarrollada por PO no constituye un acto contrario a la buena fe ni un abuso de derecho. Es un acto de perfeccionamiento de un contrato de apuesta, a la vista de las condiciones ofrecidas por la empresa de apuestas. Lo realmente relevante, apunta, es el volumen de apuestas realizadas (78) y la desproporción existente entre el riesgo asumido y el beneficio obtenido, en el marco de un contrato aleatorio en el que el error en la determinación de la cuota garantizaba el éxito de la apuesta. El actor se percató del error de cálculo realizado por la empresa y efectuó un alto número de apuestas, desvirtuándose así la aleatoriedad típica de este tipo de contrato (art. 1790 CC), al ser la probabilidad de acierto de aproximadamente un 90%. Conforme al Alto Tribunal, son estas circunstancias las que, a tenor del artículo 7.2 CC, contribuyen a que la actuación de PO sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho. Por ello, termina estimando el recurso de la empresa demandada, confirmando así la sentencia de primera instancia.

NOTA.—Sobre el control de abusividad y el control de transparencia, *vid.* las SSTs de 24 de marzo y 29 de abril de 2015. Respecto a la doctrina del abuso del derecho, *vid.* las SSTs de 16 de mayo de 2001, 1 de febrero de 2006, 18 de mayo de 2005, 10 de noviembre de 2010, 21 de noviembre de 2012 y 3 de abril de 2014. (S. L. M.)

10. Consumidores y usuarios. Contrato de corretaje inmobiliario celebrado fuera del establecimiento mercantil. Derecho de desistimiento no informado y servicio ejecutado.—La Sala Primera del Tribunal Supremo confirma que los consumidores disponen de derecho de desistimiento gratuito, incluso cuando el servicio contratado se hubiera completado, durante catorce días desde la celebración del contrato más doce meses, si en la hoja de encargo no se informaba del derecho de desistimiento que les asistía ni autorizaban al corredor inmobiliario a comenzar la prestación del servicio antes del transcurso del plazo para desistir. (**STS de 24 de marzo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Unos consumidores celebraron un contrato de corretaje inmobiliario, en su domicilio, que tenía por objeto la búsqueda por la agencia de un comprador para su vivienda. La nota de encargo no contenía información sobre el derecho de desistimiento gratuito de catorce días que asiste a los consumidores de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil ni recababa el consentimiento expreso de los consumidores a comenzar la prestación del servicio antes de que transcurriera el periodo de desistimiento, con la consecuente pérdida de dicho derecho (arts. 99.2 y 3, y 103.m TRLGDCU). La agencia inmobiliaria encontró compradores den-

tro del plazo de desistimiento, ejecutando así sus servicios, pero los consumidores ejercitaron su derecho a desistir a los quince días de haber contratado, siendo conocedores ya de la existencia de compradores. La agencia inmobiliaria demandó a los vendedores solicitando el abono de la cláusula penal prevista en el contrato para el caso de incumplimiento de aquellos y sostuvieron que los demandados carecían de derecho a desistir por haberse ejecutado el servicio (art. 103.a TRLGDCU). Los demandados se opusieron alegando que ejercitaron el derecho de desistimiento gratuito en plazo de conformidad con el artículo 105.1 TRLGDCU (catorce días más doce meses en ausencia de información del derecho a desistir). El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de los demandados. El Tribunal Supremo coincidió con la Audiencia Provincial al considerar que los consumidores ejercitaron en plazo el derecho de desistimiento pues este solo habría resultado extinguido si el inicio de la prestación del servicio antes del transcurso del derecho de desistimiento hubiera contado con el consentimiento expreso de los consumidores (art. 103.a TRLGDCU), lo que no acaeció. En consecuencia, el ejercicio del derecho de desistimiento por parte de los consumidores fue eficaz y no les es exigible el pago de los honorarios reclamados por la agencia. (A. A. O.)

11. Solidaridad. Relación interna entre los deudores solidarios. Acción de regreso. Los condenados solidariamente en un proceso anterior pueden acudir a otro posterior para determinar la responsabilidad interna que no haya quedado fijada previamente en el primer juicio.—La condena solidaria en un pleito, sin fijación de cuotas, no excluye que pueda determinarse posteriormente en la relación interna la responsabilidad de cada una de las partes.

Aplicación de la regla supletoria de división en partes iguales.—Lo que sucede es que, si no se acredita distinto grado de concurrencia individual que permita deslindar o individualizar las responsabilidades, será aplicable la presunción de que la deuda se divide a partes iguales (art. 1138 CC). (STS de 4 de febrero de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En esta sentencia se discute si la condena solidaria en el orden social excluye, en el ejercicio de la acción de regreso, que se pueda valorar el grado de participación de cada uno de los condenados en un proceso posterior. Las dos partes del proceso civil fueron condenadas, en la jurisdicción social, al pago solidario de las consecuencias económicas derivadas del despido en un caso de cesión ilegal de trabajadores. Posteriormente, el deudor que pagó el importe total de la indemnización por despido improcedente, después de haber reclamado la mitad de lo abonado a la otra codeudora solidaria, ante la ausencia de respuesta, presenta demanda solicitando el reembolso de la cantidad requerida más los intereses de anticipo. La parte demandada se opuso alegando, básicamente, que la cesión ilegal era imputable únicamente a la demandante pues fue consecuencia de las cláusulas establecidas en el pliego de

condiciones de la contratación pública, elaboradas por la otra parte, que tubo necesariamente que aceptar para acceder a la contratación del servicio. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y estimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal, al considerar que la sentencia dictada en el orden social no impide a la jurisdicción civil enjuiciar la cuestión desde el plano jurídico del ordenamiento civil, de forma que se puede entrar a valorar la responsabilidad interna de cada uno de los condenados solidarios. En lo que respecta al recurso de casación, lo desestima al concluir que la ilegalidad de la cesión de los trabajadores es atribuible a los dos deudores solidarios y que al no haberse podido delimitar el grado de participación real de cada uno hay que entender que la deuda se divide en partes iguales.

NOTA.—Esta sentencia reitera la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la acción de reembolso según la cual satisfecha la condena impuesta por uno solo o varios de todos los condenados solidariamente en un proceso anterior, el artículo 1145 CC permite que aquel o aquellos que cumplieron con el total de la deuda puedan acudir a otro posterior en ejercicio de la acción de reembolso o regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación, desapareciendo entonces la solidaridad que rige las relaciones externas frente al perjudicado acreedor, para pasar a regir en las internas (entre los deudores solidarios) la mancomunidad (entre otras, SSTs 274/2010, de 5 de mayo, 129/2015, de 6 de marzo, 249/2016, de 13 de abril, 56/2018, de 2 de febrero y 509/2018, de 20 de septiembre). Sobre el ejercicio de la acción de reintegro en materia de edificación *vid.* Santana Navarro, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 225 a 228. (C.O.M.)

12. Compatibilidad de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las relaciones comerciales, con los intereses anatocísticos del artículo 1109 CC.—La Sala Primera reitera su doctrina de superación del principio *in iliquidis non fit mora*. La determinación de los intereses moratorios depende de la certeza de la obligación, aunque se desconozca su cuantía. Por eso, si la deuda principal existe y además resulta aplicable al caso la Ley 3/2004, que establece un régimen de intereses de demora de devengo automático, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por el acreedor (art. 5), la pretensión del pago de estos intereses debe admitirse. En este sentido, la Ley 3/2004 es norma especial y responde a una medida sustantiva de lucha contra la morosidad. No resulta incompatible con el artículo 1109 CC, que regula el anatocismo legal en el ámbito civil. Que esto sea así explica que los intereses de demora generados conforme a los arts. 5, 6 y 7 de la Ley 3/2004 puedan capitalizarse a partir del momento de su reclamación judicial. Ello porque (i) la Ley 3/2004 no excluye expresamente el anatocismo civil respecto de los intereses moratorios que establece; (ii) la especialidad de la Ley 3/2004 no convierte *per se* en incompatible el anatocismo *ex* artículo 1109 CC, como sí ocurre con el artículo 1100 CC, sobre intimación del acreedor; (iii) la finalidad de la norma de lucha contra la morosidad se compadece con el efecto

disuasorio del anatocismo; (iv) la prevalencia de la ley especial con la general se aplica en aquello que sean incompatibles; y (v) la compatibilidad entre ambas normas ya ha sido reconocida en el ámbito de la contratación administrativa. (STS de 25 de febrero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—La sociedad A ejerció acción de reclamación de cantidad frente a la sociedad B —empresa de gestión de infraestructuras andaluza— en virtud del contrato que las vinculaba. El contrato respondía a una licitación pública, había sido celebrado el 13 de febrero de 2008 y tenía por objeto de diversas obras en un tramo de carretera de Andalucía. Los servicios finalizaron en junio de 2011. Sin embargo, la sociedad B no abonó una parte de los trabajos realizados y que eran imprescindibles para su realización.

El juzgado de primera instancia estimó la demanda en todas sus pretensiones a excepción de la relativa al reconocimiento de los intereses sobre los intereses de demora devengados. A su juicio, la Ley 3/2004 no prevé el anatocismo, y los intereses no estaban todavía liquidados. Ambas partes recurrieron la sentencia en apelación, si bien la sociedad A solo en relación con la posibilidad del anatocismo. La Audiencia Provincial confirmó en lo sustancial la sentencia del juzgado, pero desestimó la apelación de la sociedad A en lo referido al anatocismo. Ante ello, la sociedad A interpuso recurso de casación sobre este punto en concreto. (A. I. R. A.)

13. Contratos. Asesoramiento por entidad financiera. Responsabilidad civil ex artículo 1101 CC derivada del incumplimiento de sus deberes de información con daño para el cliente. Necesidad de relación causal entre el incumplimiento del deber de información y el daño sufrido.—Es doctrina reiterada de la Sala que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros, y a la vista del perfil e intereses del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del artículo 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esos vínculos jurídicos de asesoramiento, siempre que se cause un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de la inversión y exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño sufrido (SSTS 677/2016, de 16 de noviembre; 62/2019, de 31 de enero; 303/2019, de 28 de mayo; 165/2020, de 11 de marzo; 615/2020, de 17 de noviembre; y 628/2020, de 24 de noviembre, entre otras). Doctrina que se aplica no solo a los casos en que el producto adquirido conlleva una inversión, sino también cuando se contrata un swap, en el que no cabe hablar propiamente de una inversión (SSTS 615/2020, de 17 de noviembre y 628/2020, de 24 de noviembre). En cualquier caso, es necesario concurren una relación de causalidad entre el negligente incumplimiento de la entidad financiera de sus obligaciones dimanantes del deber legal de informar y el resultado dañoso producido. Así, la falta de información sobre los riesgos supuso que la demandante contratara un producto del que desconocía que le podía acarrear graves pérdidas económicas, derivadas de las liquidaciones negativas producto de la bajada continuada de los intereses. Por lo que la relación causal entre la decisión de invertir sin tener la información precisa sobre los riesgos adquiridos y la materialización de tales

riesgos en forma de disminuciones patrimoniales por cargos por liquidaciones negativas es directa (STS 608/2020, de 12 de noviembre).

Deber de informar al cliente. Contenido. Necesidad de trasladar al cliente los riesgos asociados a este tipo de producto. Cumplimiento. No basta la simple entrega de documentación, ni la remisión a las estipulaciones del contrato.—Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía (STS 32/2016, de 4 de febrero, cuya doctrina reproducen las SSTS 542/2019, de 16 de octubre y 526/2020, de 14 de octubre). Por tanto, no cabe dar por cumplida esta obligación por la circunstancia de la entrega de la documentación del contrato, ni menos aún con la mera remisión a las estipulaciones contractuales, sino que requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de su naturaleza, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (SSTS 689/2015, de 16 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero; 6/2019, de 10 de enero; 334/2019, de 10 de junio; 524/2019, de 8 de octubre; 274/2020, de 10 de junio; 670/2020, de 11 de diciembre; y 673/2020, de 14 de diciembre, entre otras muchas). De la misma ineficacia adolecen las menciones predisuestas, que no consisten en declaraciones de voluntad sino de conocimiento o fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas preparadas por el profesional vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos (SSTS 11/2017 de 13 de enero y 210/2019, de 5 de abril, entre otras), tales como las de haber recibido la información requerida o la comprensión de las características y condiciones del producto suscrito, pues en tal caso bastaría con la predisposición e imposición de cláusulas de tal clase, unilateralmente redactadas, para dar por acreditado el deber de informar, lo que desde luego no es de recibo.

Cumplimiento del deber de información. Carga de la prueba. La entidad financiera debe acreditar haber llevado a cabo su obligación de informar al cliente.—La carga de la prueba sobre la información dispensada corresponde acreditarla a la entidad financiera y no a la parte demandante, dado que, al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento; y de otra parte, por el juego del principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano demostrar que dicha información fue efectivamente suministrada (SSTS 60/2016, de 12 de febrero y 618/2019, de 19 de noviembre entre otras muchas). Sin que pueda escudarse en el mayor o menor conocimiento del contenido y funcionamiento de estos productos financieros por parte del cliente. Ya que el hecho de que la demandante sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características de un producto complejo y de riesgo como es el swap, no es la de un simple empresario, en este caso del sector de la construcción, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos, extremo que tampoco consta

mediante la aportación de pruebas al respecto. (STS de 8 de febrero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora, GPVR, S.L., una pequeña empresa dedicada a la construcción, sin que sus administradores contasen con experiencia en derivados financieros, mantenía frecuentes relaciones con una sucursal de la entidad bancaria BS. El responsable de dicha oficina, en una de las operaciones, les hizo firmar en marzo de 2005 un contrato de permuta de tipos de interés (swap), denominado «Fijo Creciente Rango», con un valor nominal de 1.300.000 euros. El banco les explicó que este producto financiero funcionaría como un seguro de tipos de interés para el préstamo al que iba vinculado. Mas allá de esto, no fueron informados en ningún momento de las características del producto contratado, ni tampoco se les facilitó información escrita; y la recibida de forma oral fue objetivamente contraria a la realidad del producto. Así pue, nada se indicó, por parte del comercial de la demandada, sobre el riesgo de perder grandes cantidades de dinero como efectivamente así sucedió durante los dos años siguientes a la firma del contrato. En noviembre de 2016 GPVR, S. L. interpuso demanda contra BS con solicitud de que se declarase la nulidad radical del contrato de swap suscrito y, subsidiariamente, la anulabilidad; en su defecto, que se acogiese la reclamación de daños y perjuicios y, en último término, se estimase la existencia de enriquecimiento injusto. La parte demandada se opuso, alegando la caducidad de la acción de anulación y afirmando el cumplimiento de todos los deberes de información impuestos legalmente en este tipo de operaciones. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron íntegramente la demanda al entender que la acción objeto de ejercicio era la de nulidad relativa o anulabilidad, cuyo plazo de vida habría ya caducado con creces. También se descartó la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios ya que, al entender del juzgador, el daño se habría producido igualmente aun cuando se hubiera trasladado la información al cliente, por lo que el perjuicio sufrido no guardaba relación causal con el incumplimiento de este deber de información. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la actora. (*L. A. G. D.*)

14. Contratos. Cumplimiento defectuoso. Retraso del obligado que provoca el incumplimiento de la otra parte con un tercero. Previsibilidad y relación de causalidad.—En cuanto a la previsibilidad de los daños e interpretación del artículo 1107 CC, debemos declarar que el encargo que la actora hizo a la demandada de la construcción de un motor, hélices y generador para un buque, es un eslabón importante pero encadenado al resto de las piezas de la nave, en concreto el sistema propulsor, sin el cual no es posible terminar la embarcación ni que esta navegue. Por lo tanto, el incumplimiento de la demandada al no entregar en plazo la información técnica del motor, que permitiría su adaptación al resto de los engranajes, constituye un daño intrínseco, es decir, era previsible que los defectos en el cumplimiento de la obligación de la demandada afectarían a la terminación del buque y a los plazos de entrega del mismo. De manera que el incumplimiento del deman-

dado en la entrega de la información técnica era una tarea enlazada y subordinada al resto de la construcción del buque por lo que su retraso generaba la ralentización de otras tareas y la dilación en la entrega del buque, lo que era absolutamente previsible; siendo los daños y perjuicios indemnizados una consecuencia necesaria del incumplimiento (STS 484/2018, de 11 de septiembre y las que en ella se citan).

Cláusula penal. Limitación de responsabilidad exclusivamente al evento o hechos contemplados por la cláusula, pero no a aquellos que no quedaron comprendidos dentro de su ámbito objetivo.—No puede aplicarse la limitación de responsabilidad pretendida por la demandada, ya que la limitación cuantitativa que recoge la cláusula penal (5% del valor del contrato), solo se refería al retraso en la entrega de las piezas y no al incumplimiento de entrega de la documentación técnica que era anterior en el tiempo a la entrega de las piezas. Las piezas se entregaron en plazo, aunque con defectos, pero previamente a ello era preciso conocer las circunstancias técnicas que posibilitarían la construcción del buque en función del grupo propulsor y anejos y esa fue la obligación incumplida, ya que sin dicha información técnica era imposible acometer el diseño y construcción de otras partes del buque. Lo que a la postre determinó el retraso y los daños derivados del mismo. **(STS de 4 de febrero de 2021; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La mercantil F. V. S. A., encargada de la construcción de un buque para un tercero, contrató con W. I. S. A. el suministro de una serie de equipos para dicha construcción. La constructora demandó a la suministradora, alegando los retrasos en que había incurrido esta última en el suministro de la información técnica de los equipos; información que, además, era esencial para el cumplimiento de la planificación en la construcción del buque, amén de que en los equipos suministrados se detectaron fallos en su diseño y/o funcionamiento que los hacían inhábiles y fueron causa de nuevos retrasos y cuantiosos costes para la actora. En este sentido, alegaba que estos incumplimientos habían generado un retraso de 44 semanas en la entrega pactada con el tercero, que para paliar tal demora se había visto obligada a adoptar una serie de medidas extraordinarias que incrementaron los costes a causa de contratación de auxiliares, aumentos de turnos y jornadas de trabajo, horas extraordinarias, etc. Todo lo cual había supuesto un perjuicio económico superior a los seis millones de euros. Por su parte, la demandada alegaba que las dilaciones eran atribuibles a la conducta de la actora, ya que esta había solicitado un cambio en el motor proyectado que había determinado los problemas que generaron el retraso. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a W.I.S.A. al pago de 1.335.645 euros. La Audiencia Provincial de Pontevedra revocó parcialmente la anterior resolución y fijó como indemnización 2.708.686 euros. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

15. Delimitación jurisprudencial del contrato administrativo versus contratos privados de las Administraciones Públicas.—La Audiencia Provincial parte de la calificación de los contratos de compraventa litigiosos

como contratos civiles, sometidos al Derecho privado, invocando la sentencia de la Sala de 27 de mayo de 2009, que recoge la doctrina jurisprudencial sobre la delimitación entre los contratos civiles y los administrativos celebrados por las Administraciones Públicas. El legislador pretendió perfilar el ámbito de unos y otros en la Ley de 1995. Serán siempre privados los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás análogos sobre inmuebles. La jurisprudencia ha sido casuística, y hasta hay cierta falta de sintonía entre la Sala Civil y la de lo Contencioso-Administrativo.

De conformidad tanto de la Sala especial de conflictos jurisdiccionales del Tribunal Supremo como de la jurisprudencia constitucional, la jurisdicción competente para decidir la ubicación definitiva de los bienes procedentes del Monasterio de Sijena, sobre la titularidad y calificación de esos bienes y sobre los eventuales vicios de legalidad, es la civil.

El ATC 128/2016, de 21 junio afirma que el incidente de ejecución de la Generalitat parte de su errónea interpretación, pues la ubicación definitiva de los bienes procedentes de Sijena dependerá de la jurisdicción civil.

Se desestiman los motivos 1.º de los recursos extraordinarios de infracción procesal interpuestos por la *Generalitat* y el MNAC, y los motivos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del *Consorti del Museu* de Lleida.

Colegialidad en la decisión de los Tribunales: Irregularidades procesales causantes de indefensión.—Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la indefensión, para tener efecto anulatorio de las actuaciones, sea real y efectiva. Menciona la sentencia constitucional 230/1992, de 14 diciembre, sobre el deber de comunicar a tiempo la composición de la Sala. La Sala Primera del Tribunal Supremo cita el caso en que se omitió, infringiéndose los artículos 202 y 203 LOPJ. Pero el Tribunal Supremo viene indicando reiteradamente que no basta la constatación de una simple irregularidad procesal. Sin embargo, es distinto cuando se denuncia una concreta causa de recusación (Auto 117/1997, de 23 abril). No cabe imponer al Tribunal un «modus operandi».

Lo que se demandó y se declaró en la sentencia, sin atisbo de incoherencia entre el *petitum* y el fallo, es la nulidad de la adquisición de la titularidad de las obras y la consiguiente restitución posesoria. La nulidad de la titularidad del dominio arrastra a la posesión, cedida al *Museu*. El decaimiento del título de compraventa comporta la obligación de restituir las cosas objeto del contrato (art. 1303 CC); efecto reflejo recogido en el art 13 LEC para la intervención adhesiva simple. No hay duda en nuestra doctrina y jurisprudencia que la figura de la intervención adhesiva simple se recogió en las leyes procesales de 1881 y 2000.

Territorialidad de las competencias autonómicas: Estatuto Aragonés de Autonomía.—Hay una excepción a la regla del artículo 70.2 del EAA, a saber «los supuestos que hacen referencia el presente Estatuto y otras disposiciones legales del Estado que establecen la eficacia jurídica extraterritorial de las disposiciones y los actos de la CA Aragón». En materia de tutela del patrimonio histórico el artículo 71.45.^a alude «al patrimonio cultural, histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico, científico y cualquier otro de interés para la Comunidad Autónoma», y «en especial las políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón». Soporte normativo en que se apoya la sentencia de la Audiencia Provincial. La *Generalitat* interpreta erróneamente la STC 6/2012. Es evidente que el Tribunal Constitucional interpreta el principio de territorialidad basado en un criterio de provisionalidad.

dad, pues la ubicación definitiva de los bienes procedentes del Monasterio de Sijena dependerá de lo que decida la jurisdicción civil, al resolver los litigios que se le planteen sobre la calificación y titularidad de esos bienes y sobre los eventuales vicios de legalidad en la enajenación de los mismos, como precisa la propia Sentencia del Tribunal Constitucional. El título de dominio constituye un presupuesto necesario para obtener la restitución o el reintegro posesorio (art. 1303 CC), no pudiéndose negar que la promoción de tales acciones judiciales entre en el ámbito de dichas competencias.

Evolución de la legislación española de protección del patrimonio artístico (1923-1994).—El régimen jurídico aplicable al primer contrato (1983) está derogado por disposiciones con dispar contenido y alcance, y cuya relación entre sí (normas generales *versus* especiales, normas anteriores derogadas tácitamente y otras vigentes por no ser incompatibles) puede arrojar alguna duda en su interpretación. La vigente Ley 16/1985 de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español (LPHE), alude en su preámbulo, como causa de su necesidad, a la «dispersión normativa» preexistente en la materia. Además de la Ley de 7 de julio de 1915 sobre «Monumentos Nacionales», otros precedentes son los siguientes: 1.º) RD de 9 de enero de 1923 relativo a las enajenaciones de obras artísticas, históricas o arqueológicas por entidades eclesiásticas; 2.º) RD-Ley de 9 de agosto de 1926, relativo al Tesoro Artístico Arqueológico Nacional; 3.º) Ley de 10 de diciembre de 1931, de Patrimonio Artístico e Histórico. 4.º) Ley de 13 de mayo de 1933, de Patrimonio Artístico Nacional; 5.º) Decreto de 16 de abril de 1936, que aprueba el Reglamento de la Ley del Tesoro Artístico Nacional; 6.º) Decreto 12 de junio de 1953 que regula el comercio y exportación de obras de arte y de carácter histórico; 7.º) Ley de 22 de diciembre de 1955 sobre conservación del patrimonio histórico-artístico. La Ley 16/1985, de 25 junio, del Patrimonio Histórico Español, es la vigente actualmente y a la fecha de los contratos de 1992 y 1994.

Regulación del Derecho canónico sobre la personalidad de las Ordenes Monásticas y sobre las condiciones de enajenación de obras de arte y otros objetos preciosos propiedad de entidades eclesiásticas: Los Acuerdos Jurídicos entre el Estado Español y la Santa Sede.—Todos los contratos litigiosos fueron celebrados bajo la vigencia del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, cuya ratificación se firmó el 3 de enero de 1979, si bien el primero de los contratos (de 28 de enero de 1983) se celebró durante la vigencia del Código de Derecho Canónico de 1917, y los posteriores (de 1992 y 1994) bajo el vigente Código Canónico, promulgado el 25 de enero de 1983 y que entró en vigor el 27 de noviembre de ese año. A los efectos aquí relevantes el régimen de ambos Códigos es similar. El RD de 9 de enero de 1981 crea el Registro de Entidades Religiosas. Constan inscritas como entidades religiosas distintas los Monasterios de Sijena y Valldoreix. El Estado reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar que les atribuye la legislación canónica en calidad de monasterios *sui iuris* o autónomos. No es objeto de controversia que en los contratos de compraventa litigiosos se cumplieron los requisitos canónicos. Pero una lectura atenta de las normas aplicables al contrato litigioso no permite confirmar el veredicto anulatorio que la Audiencia Provincial deriva de la legislación transcrita.

Nuevos criterios interpretativos.—La Ley de 13 de mayo de 1933 de Patrimonio Artístico Nacional viene a modificar sustancialmente el marco, y la interpretación que ha hecho la Audiencia Provincial del régimen aplicable a la compraventa de 28 de enero de 1983 no ha sido correcta. Pero ello no es

suficiente para estimar su recurso en este punto pues esta conclusión carecería de efecto útil para revocar el fallo de la sentencia si, tras el examen de las otras dos causas de nulidad contempladas por la Audiencia Provincial, llegáramos a la conclusión de que alguna de ellas deba mantenerse, pues basta una única causa de nulidad. También en el caso de la compraventa de 17 de diciembre de 1992 la Audiencia Provincial no ha acertado a la hora de justificar la nulidad del contrato en base a una pretendida infracción de la LPHE, si bien ello no es suficiente, al igual que en el contrato de 1983. Ello requiere que se descarten también los otros dos motivos de nulidad.

El supuesto carácter de *res extra commercium* de los bienes litigiosos.—Los bienes litigiosos no son *extra commercium* ni desde el punto de vista canónico, ni civil. El artículo 1.º del RD de 9 de enero de 1923 alude a la autorización previa, expedida de Real Orden por el Ministerio de Gracia y Justicia para proceder a la enajenación válida de las obras artísticas, históricas o arqueológicas de que sean poseedoras; y el artículo 2 las enumera bajo el concepto canónico de *res pretiosas*. Tampoco civilmente tienen tales bienes la consideración citada, con las limitaciones que a la facultad dispositiva del dueño impongan normas privadas o públicas, civiles o canónicas. Ciertamente, hay limitaciones como los tanteos y retractos legales, que son las que interesan por razón al contenido de las normas aplicables. Pero en todos estos casos no cabe hablar en rigor de *res extra commercium* como carácter intrínseco de la cosa.

Los tanteos y retractos legales son derechos taxativamente concedidos para casos concretos, según jurisprudencia antigua y reiterada. En nuestro caso, son derechos taxativamente concedidos por la ley para supuestos concretos con fundamento en el interés social. Finalmente, apoyar la supuesta indisponibilidad en su indivisibilidad como conjunto, invocando la STS de 30 de abril de 2009, resulta estéril. Indisolubilidad e indivisibilidad son cosas distintas. La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que se cita en el escrito de oposición, no desvirtúa la conclusión anterior, dado que se refería a la venta de un monumento en situación de condominio, y también a operaciones de derribo de inmuebles o de ejecución de reforma de su estructura interior o exterior o de consolidación cuando estén en peligro de destrucción.

En consecuencia, se rechaza como causa de nulidad de los contratos litigiosos la calificación —que se niega— de los bienes vendidos como *res extra commercium*.

Como se recuerda en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015, la *Generalitat* comunicó la catalogación de los bienes litigiosos y solicitó su inscripción en el Inventario General de Bienes Muebles de la Administración del Estado (art. 16.4 de la Ley del Patrimonio Cultural Catalán en relación con el art. 24 del Reglamento de la LPHE); y el debate sobre a qué Administración, si la catalana o la aragonesa, correspondería un eventual derecho de retracto, fue resuelto el conflicto de competencias, por la STC 6/2012 a favor de la *Generalitat* catalana.

Al razonar así, debemos concluir que también en el caso de la compraventa de 17 de diciembre de 1992, la Audiencia Provincial no ha acertado a la hora de justificar la nulidad del contrato en base a una pretendida infracción de la LPHE. Pero ello no es suficiente para estimar el motivo (como en el caso del contrato de 1983), pues resulta necesario se descarten los otros dos motivos pendientes.

La supuesta imprescriptibilidad o usucapibilidad de los bienes litigiosos.—Se impugna la decisión de la Audiencia Provincial basada en que el precepto fue derogado por la DF 3.^a de la Ley de 1933, y también por ser inmuebles los bienes vendidos. Este planteamiento es lógico, pero no es la tesis de la Sala. La cuestión se debe dilucidar en razón al régimen legal específico del tipo de bienes, de interés cultural, que estamos considerando. Perspectiva desde la que el motivo no puede prosperar. No cabe sostener que impuesta legalmente la imprescriptibilidad pueda coexistir con un régimen de libertad de enajenación. En definitiva, las disposiciones anteriores abrogadas por la Ley de 1933 no «revivieron» temporalmente por el hecho de que la LPHE pronunciase un mandato de derogación general e *in totum* de aquellas normas.

La Audiencia Provincial invocaba los artículos 28 y 29, totalmente omitidos en el recurso, sin que sea misión de este Tribunal suplir la función alegatoria de la parte. Además unos mismos bienes pueden tener la condición de inmueble (no por naturaleza) en un momento y de muebles en otro momento (mediando la separación física y temporal). Constituye carga de la parte probar y alegar los hechos y las razones jurídicas por las que su pretensión deba prosperar. No lo ha hecho así, en este extremo, el recurrente, y por tanto, no puede acogerse el motivo.

Restitución de las prestaciones derivadas de la nulidad o ineficacia de los contratos: Interpretación jurisprudencial del artículo 1303 CC.—Después de que las religiosas de Sijena se trasladaran al Monasterio de Vall-doreix, en 1972, la Priora de Sijena cedió en depósito los bienes litigiosos, quedando éstos desde entonces en Cataluña. El fallo de primera instancia, confirmado por la Audiencia Provincial en lo relativo a la orden de traslado de los bienes, declara la nulidad de pleno derecho de las compraventas por la *Generalitat* de Cataluña en 1983 y 1992, y por Museo de Arte de Cataluña en 1994, y que la propiedad es de la Orden Sanjuanista. Sus argumentos son: 1.º La *Generalitat* al comprar actuaba con el propósito de extinguir el depósito; 2.º Si se entiende que no se extinguió, al haberse convenido por plazo indefinido y haber transcurrido unos 45 años, es lógico suponer que se precisaba autorización administrativa, que no se obtuvo; 3.º El depósito no impide que Aragón, «dentro de las competencias estatutarias que le competen, interese la reintegración al conjunto artístico en donde han permanecido durante varios siglos, pues parece obvio que dicha pretensión ya tenía como presupuesto la no subsistencia del depósito», y 4.º que la Federación con representación de las Comunidades sin vida sanjuanista, no se ha opuesto a las pretensiones de Aragón. El Juzgado de Primera Instancia añade que en todo caso debe estarse al artículo 16 CE y al Principio de Libertad Religiosa, siendo aplicable el Concordato de 1979. Por ello desestimó la demanda respecto de la Federación.

No es avalable el argumento de la Audiencia Provincial basado en la suposición de que debe existir alguna previsión normativa equivalente a las de la compraventa para el depósito de larga duración o de duración indefinida, para exigir autorización administrativa, sin cita de la disposición legal o reglamentaria. El régimen civil de compraventa y depósito son claramente diferentes, y no hay base para establecer una analogía respecto al depósito indefinido. El artículo 1758 CC impone al depositario la obligación de «guardarla y de restituirla» «cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución» (art. 1775 CC), es decir, en cualquier tiempo. Por ello resulta inviable la analogía, al no haber

identidad de razón, ni laguna legal, pues el depósito tiene sus propias normas, no sólo civiles, sino también para la protección del patrimonio histórico-artístico.

Distinta valoración debe obtener el argumento relativo a la extinción del depósito por efecto de la compraventa. Las sentencias de la Sala que han admitido, desde la de 29 marzo 1932, la posibilidad de apreciar de oficio una nulidad, han restringido tal posibilidad a los casos en que el acto o contrato nulo era «manifiestamente contrario a la moral». La STS de 28 marzo 1963 precisaba que «es obvio que esta doctrina se establece para aquellos casos graves y extremos en que la conciencia y el sentido del deber se resisten, con fundamento, a sancionar un resultado francamente ilícito, notoriamente inmoral o socialmente dañoso». En definitiva, la posibilidad de apreciar y declarar de oficio una nulidad de pleno derecho es excepcional. Doctrina que hay que tomar *cum grano salis* (STS 31 marzo 1981). Fuera de tales excepciones, las ss. han de ajustarse a las peticiones de las partes para no incurrir en incongruencia, por lo que no pueden declarar una nulidad no pedida, sin perjuicio de poder aplicar a los hechos probados un precepto no invocado por los litigantes. En esta litis no es que se declare extralimitadamente tal nulidad, es que en el fallo no hay rastro de tal declaración. Lo que afirma la sentencia es que el depósito no subsistió después de la celebración del contrato de compraventa. Lo cual la sentencia confirma.

Efectos restitutorios derivados de la nulidad o ineficacia del contrato: Jurisprudencia sobre el artículo 1303 CC.—La Audiencia Provincial parte de la aplicabilidad del artículo 1303 CC por razón de la nulidad que declara de los contratos, pero difiere de la interpretación que hacen los recurrentes en relación con los efectos restitutorios que proclama el precepto. La jurisprudencia de esta Sala ha precisado el alcance de este efecto restitutorio, derivado de la nulidad del contrato, cuando en todo o en parte ha sido ejecutado.

La STS de 15 de abril de 2009, con remisión a las SSTS de 6 de julio de 2005 y 11 de febrero de 2003, reproduce una extensa relación de jurisprudencia en relación con el artículo 1303 CC, respecto de los criterios doctrinales sobre el régimen de restitución recíproca: (i) El precepto tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (SSTS de 22 de septiembre de 1989, 30 de diciembre de 1996, 26 de julio de 2000) y evitar el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (SSTS de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 30 de diciembre de 1996 —llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra—); (ii) Opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (SSTS de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999); (iii) Cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (SSTS 29 de octubre de 1956, 22 de setiembre de 1989, 28 de setiembre 1996, 26 julio 2000) debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (SSTS 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973); (iv) El artículo 1303 CC se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (SSTS 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (SSTS 18 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, 23 de junio de 1997); (v) La sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2000 matiza que el precepto «puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción econó-

mica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas (como la propia parte recurrente implícitamente reconoce), de carácter complementario o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones y relativos a la liquidación del estado posesorio, sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto». Sobre el alcance no limitado de los efectos de la nulidad, reafirma en la STS de 9 de mayo de 2013, que «como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste–, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit*».

Lo que sucede es que el artículo 1303 CC, y la regla de la *restitutio in integrum*, no puede aplicarse en sus propios términos cuando el título de la compraventa es, en principio, válido, sin perjuicio de que de que adolezca de ineficacia funcional por no producir sus naturales efectos traslativos (art. 609 CC). El artículo 1303 CC ha sido precisado en términos extensivos por la jurisprudencia de esta Sala. Así la STS de 29 de octubre de 1956 lo aplica a los negocios inexistentes o radicalmente nulos. Los recurrentes afirman que la sentencia parte de una aplicación restrictiva del efecto restitutorio derivado de la nulidad. Pero así se confunden dos planos que, estando indiferenciados en el ámbito de la nulidad de pleno derecho, no lo pueden estar en el ámbito de un contrato de compraventa válido pero carente de efecto traslativo del dominio por falta de titularidad y poder de disposición actual del vendedor sobre la cosa vendida. Este sería el caso de un contrato de depósito en que, como sucede en la litis, el depositario sea el mismo comprador de la cosa depositada. Como ha señalado la doctrina, su derecho real pleno, eliminaría su derecho personal limitado. Pero no estamos en el caso de un contrato de compraventa nulo. Una cosa es que en el caso de que, en ejecución de una compraventa válida pero ineficaz desde el punto de vista transmisivo, deba darse curso al efecto restitutorio si se produjo un desplazamiento posesorio, al constatar su falta de eficacia real, pues el efecto restitutorio es propio no sólo de la nulidad absoluta o relativa, sino también de otros grados de ineficacia contractual, como la resolución (arts. 1123 y 1124 CC) o la rescisión resolutoria por lesión –en la medida necesaria para satisfacer los derechos del perjudicado– (art. 1295 CC). Efecto que es también extensible a un caso de ineficacia como el presente, si bien con la particularidad de que la restitución no deberá hacerse en favor del vendedor, que no tenía título para ello, sino a favor del verdadero propietario como titular de la acción reivindicatoria.

Cesión carente de eficacia traslativa de documento privado.–No resulta aplicable aquí la doctrina jurisprudencial sobre el retorno de las partes afectadas a «la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador». Además de que no estamos en el caso de una invalidez, sino de una relación jurídica parcialmente ineficaz, la compradora, que poseía como depositaria y luego como propietaria tras la compraventa, una vez constatada la ineficacia de la compraventa, no puede invocar su anterior título posesorio para retener la posesión. En efecto, en esa situación el depositario no tiene título para pedir la retención (a modo de «restitución impropia») de las cosas que tuvo en depósito (fuera del supuesto del art. 1780 CC). El depositario no tiene un *ius possidendi* de carácter real, sino obligacional y limitado por la finalidad institucional o función económico-social que está llamado a cum-

plir el depósito. Este *status* posesorio del depositario es el propio «tenedor» de la cosa para «conservarla», no para «disfrutarla». Respecto de la obligación de restituir la cosa, la posición del depositario siempre es la del deudor, no la del acreedor (art. 1766 CC). Siendo naturalmente el depósito gratuito, en defecto de tal pacto, es contrato unilateral, del que no surgen derechos a favor del depositario ni título posesorio al servicio de un interés propio. Por tanto, ni puede afirmarse que el contrato de depósito subsista conviviendo con el contrato de compraventa, ni dicho contrato es título que permita al depositario retener (resistiendo la restitución a la que viene obligado) ni reivindicar la posesión de lo que fue su objeto.

En consecuencia, quien fue depositario no puede alegar un interés propio para oponerse a la restitución posesoria que se declara en la sentencia, que vincula al traslado de los bienes al Monasterio de Sijena. Este traslado responde tanto a la singular naturaleza jurídica de los Monasterios *sui iuris* o autónomos, como persona jurídica canónica y civil vinculada a un lugar (art. 615 Código Canónico), como al hecho de que quien pide en este caso dicho reintegro posesorio, depende de él para ejercitar las facultades públicas vinculadas a las «servidumbres administrativas» que pesan sobre los bienes, y a través de las cuales se tutela el cumplimiento de las limitaciones legales del dominio de tales bienes, que imponen la legislación especial de protección del patrimonio histórico-artístico, en los términos que declaró la Sala Tercera de este Tribunal en la sentencia de 26 de mayo de 2015.

Finalmente, no debemos obviar que ésta es también la solución que armoniza mejor con los Tratados y Acuerdos Internacionales de que es parte el Estado Español. En concreto, así resulta de los «criterios básicos» aprobados el 30 de octubre de 1980 por la Comisión Mixta creada en cumplimiento del art. XV del «Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales», de 3 de enero de 1979, que, en relación con las bases de la «cooperación técnica y económica en el tratamiento de los bienes eclesiásticos que forman parte del Patrimonio Histórico-Artístico y Documental», estableció que se «tendrán en cuenta los siguientes principios» (punto 3.º, e). «En cuanto sea posible, los bienes serán exhibidos en su emplazamiento geográfico original o natural. Cuando esto no sea posible o aconsejable, se procurará agruparlos en edificios eclesiásticos, formando colecciones o museos donde se garantice su conservación y seguridad y se facilite su contemplación y estudio». En este caso no hay duda sobre el origen de los bienes, no sólo por su emplazamiento geográfico original, sino también por su vinculación histórica a ese concreto lugar.

Por todo ello, la sentencia debe desestimar también estos motivos del recurso. No se imponen las costas a ninguna de las partes a pesar de que han sido desestimados los recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación, dada la gran complejidad del litigio, en el que operan distintas categorías de ineficacia, vigencia sucesiva de diversas normas protectoras del patrimonio histórico, confluencia de leyes estatales y autonómicas, así como disposiciones propias del Derecho canónico, razones que conducen a la Sala a hacer uso de dicha excepción legal al criterio del vencimiento objetivo. Procede acordar también la pérdida de los depósitos establecidos en la DA 15.ª, apartado 9 LOPJ. (STs de 13 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Esta importante sentencia, dictada por el pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, por unanimidad de todos sus

miembros, es el punto final de un litigio largo y complejo, que ha enfrentado a dos Administraciones autonómicas sobre la propiedad y la posesión de objetos de valor incalculable, abarcando desde 1923 a 1994, con aplicación de normas civiles, canónicas y de protección del patrimonio histórico-artístico.

Hechos relevantes:

- Santa María de Sijena.

Este Real Monasterio, existente en el municipio de Santa María de Sijena (Huesca), fue fundado en 1187 por la Reina doña Sancha, esposa de Alfonso II de Aragón, primero en el tiempo de monjas de la Orden Sanjuanista. La Desamortización (1841) fue anulada por R.O. de 1856, y mediante escritura de 3 de julio de 1900 se inscribió la propiedad del mismo a favor de la «Comunidad de Religiosas del RM de Sijena y sus sucesoras». En 1923 el Rey lo declaró Monumento Nacional comprendiendo el templo, el claustro y la sala capitular, el palacio prioral, el refectorio, el dormitorio antiguo, la Sala de la Reina y la parte subsistente de la fortificación. En la Gaceta de Madrid se publicaron los Informes favorables de la Real Academia de Bellas Artes y de la de Historia. Tras los incendios, saqueos y destrucción sufridos por el Monasterio en agosto de 1936, y pese al mal estado en que seguía encontrándose éste, la comunidad retorna al mismo y también se devuelven las obras y objetos preciosos custodiados fuera. En 1970, ante la precaria situación económica y de salud, las religiosas deciden su traslado a la sede sanjuanista de Barcelona y, después, al Monasterio de Valldoreix (San Cugat de Vallés, Barcelona).

- San Cugat de Vallés.

Erigido canónicamente el 22 de diciembre de 1265 por bula del Papa Clemente IV. Es un Monasterio de derecho pontificio, pero sujeto a la jurisdicción del lugar, siendo la Priora la representante legal del mismo. Consta inscrito, el 7 de marzo de 1982, en el Registro del Ministerio de Justicia como «RR. Sanjuanistas (Orden San Juan de Jerusalén)», con domicilio en Valldoreix.

- Diócesis de Barbastro-Monzón (Zaragoza).

Creada por Decreto de 15 de junio de 1995, de la Congregación de los Obispos sobre modificación de límites de Lleida y Barbastro-Monzón.

La sentencia aclara que el Monasterio de Sijena, por su ubicación, perteneció hasta 1995 al Obispado de Lleida, y el de Valldoreix pertenecía, y sigue perteneciendo, al Arzobispado de Barcelona. En 1995, por Decreto de la Congregación para los Obispos, se segregaron diversas parroquias de la Diócesis de Lleida y pasaron a integrar la nueva Diócesis de Barbastro-Monzón, en la que quedó integrada la parroquia de Villanueva de Sijena.

El 21 de abril de 1971 se suscribe en Barcelona, por la Priora de Sijena (Sor Angelita Opi) y su comunidad, integrada por otras tres monjas, un documento privado: «Reunida la priora de Sijena, para decidir sobre lo de su Monasterio que por estar en obras, se trasladaron al Monasterio de la misma Orden en Barcelona, y viendo que no hay posibilidad de vocaciones y menos de volver nosotras a Sijena, por estar enfermas y mayores, nos decidimos a quedarnos definitivamente en Barcelona, si la comunidad nos admite (...) firmamos que todo lo que es de nuestro Monasterio pase a la Comunidad de Barcelona, tanto sean muebles como inmuebles, cuadro y vivienda, tierras de Sijena, para ellas por el favor y en agradecimiento a su reconocida caridad». No consta formalización documental pública de dicha cesión, ni su aceptación formal y expresa, sin perjuicio de lo que después se dirá. Tampoco consta ninguna autorización canónica de la cesión (ni del Obispo ni de la Santa Sede). El 10 de abril de 1972 reunidos en Barcelona la Priora del Monasterio de Sijena y don Juan Ainaud, Director General Técnico de los Museos municipales de Arte de Barcelona, suscriben un documento privado de depósito, estableciendo: «La Priora de Sijena, en nombre propio y de su Comunidad, entrega en calidad de depósito para su custodia en el Museo de Arte de Cataluña, sito en el Palacio Nacional de Montjuich, la colección de objetos artísticos cuya relación se adjunta, pertenecientes a Sijena. El Sr. Ainaud en nombre del Museo y en razón de su cargo recibe personalmente todos y cada uno de dichos objetos y se compromete junto con el personal a sus órdenes a velar fielmente por su conservación e integridad y tenerlos en toda ocasión a plena y libre disposición de la Priora de Sijena, quien en cualquier momento podrá retirarlos en todo o parte, mediante aviso y firma de los recibos complementarios de rectificación a que hubiere lugar. El depósito se establece por plazo indefinido y todos los gastos a que dicha custodia dé o pueda dar ocasión serán exclusivamente a cargo de los referidos museos. Consta relación de lotes de objetos depositados». El 28 de enero de 1983, reunidos en Barcelona, de una parte el Secretario General Técnico del Departamento de Cultura de la *Generalitat* de Cataluña, que actúa en su nombre y representación, y de otra parte Sor María Pilar Sanjoaquín y Gracia, en nombre y representación de Valldoreix, suscriben un documento de compraventa relativo a 44 obras artísticas inventariadas. El 21 abril 1983 el documento se elevó a escritura pública, en la que intervienen las mismas personas que en el privado, haciéndose constar que el precio pactado «está en trámite de pago», y la Priora aparece facultada por Secretario General y Canciller de la Diócesis de Lleida de 7 de febrero de 1983.

El 30 de abril de 1991, fechado en Barcelona y sellado por Valldoreix, la suscribiente en calidad de Madre Federal de la Orden y Priora de Valldoreix, escribe al Presidente de la *Generalitat* reclamando la restitución de determinados objetos artísticos, y solicita autorización para la venta de una parte y, simultáneamente, ofreciendo a la *Generalitat* el derecho de tanteo sobre dicha venta.

La sentencia hace constar que no existe documento formal y fehaciente que apruebe, con efectos canónicos y civiles, la fusión en una persona única de Sijena y Valldoreix, al margen de lo trans-

crito, si bien se refiere a la fusión una certificación expedida el 31 de marzo de 1992. El 30 de julio de 1992 la Priora de Valldoreix solicita permiso a la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada para vender a la *Generalitat* piezas de valor artístico y cultural por un valor de 45 millones de pesetas. Hace constar que proceden de Sijena; que la última Priora de éste había cedido tales bienes a Valldoreix; y que, aunque el Monasterio de Sijena no había sido suprimido formalmente, el edificio estaba entonces cedido a la Orden de Belén. La Ley española de 1985 del Patrimonio Español y el RD de desarrollo dicen que los bienes artísticos sólo podrán venderse a la Admón. Pública, cual es la *Generalitat*, la cual tiene algunas de sus piezas en su taller de restauración; el Consejo de Valldoreix, el Asistente Federal, así como las monjas supervivientes, han dado su voto favorable a esta venta, necesaria a causa de las deudas e hipoteca de Valldoreix.

El 27 de octubre de 1992 la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada emite su autorización para la venta. El 17 de diciembre de 1992 el *Conseller* de Cultura de la *Generalitat* y la Madre Federal de las Sanjuanistas y Priora de Valldoreix, facultada por la Congregación romana para los Institutos de Vida Consagrada, suscriben un documento privado de compraventa, relativo a 12 objetos, y de opción de compra, por otros 41. No consta su elevación a público. El 20 de junio de 1994 se suscribe contrato de compraventa con el *Museu Nacional d'Art de Catalunya* (MNAC) por el segundo conjunto de 41 objetos.

En abril de 2012 la Comunidad Autónoma de Aragón interpone demanda de nulidad de las compraventas antes descritas, siendo plenamente estimada. La sentencia fue apelada por la *Generalitat* y el MNAC. La Audiencia Provincial de Huesca desestimó los recursos de apelación.

La *Generalitat* de Cataluña y el *Museu Nacional d'Art de Catalunya* han interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial sendos recursos extraordinarios por infracción procesal, articulados en 7 motivos idénticos, y de casación, fundados en 4 motivos, también idénticos, por lo que ambos serán resueltos conjuntamente. El *Consorci del Museu de Lleida Diocesà y Comarcal* ha interpuesto un recurso extraordinario basado en 6 motivos, y otro de casación, en 11 motivos. La sentencia comparte la afirmación de ser pleito especialmente «difícil», pues se enfrentan dos Administraciones autonómicas, se debate sobre la propiedad y la posesión de objetos cuyo valor histórico-artístico se califica de incalculable, abarca desde 1923 hasta 1994, y son aplicables normas civiles, canónicas y de protección del patrimonio histórico-artístico.

La sentencia afirma que la demanda no tiene por objeto interferir en las competencias de la *Generalitat* sobre su patrimonio cultural, sino simplemente que se declare que determinados bienes no deberían integrar dicho patrimonio al ser nulas las respectivas adquisiciones, lo que en absoluto afecta a la competencia que sin duda corresponde a la *Generalitat* sobre el patrimonio que le pertenece legítimamente.

Demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 Huesca, el 9 de abril de 2012, contra

la *Generalitat* y contra la Orden de San Juan de Jerusalén; y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena el 8 de mayo de 2012. La *Generalitat* formuló declinatoria, resuelta por Auto 25 de febrero de 2013, a favor del Juzgado de Primera Instancia Huesca núm. 1. Se dio traslado como demandadas a las Sanjuanistas de Valldoreix y al MNAC de Barcelona. La *Generalitat* contestó solicitando desestimación y costas. La Federación de la Orden San Juan de Jerusalén se personó, pero no contestó a la demanda. La Orden Sanjuanista del Real Monasterio de Sijena fue citada por edictos, no contestó y fue declarada en rebeldía, y también lo fueron las Sanjuanistas de Valldoreix. El MNAC solicitó la desestimación de la demanda. La sentencia de 8 de abril de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca estimó la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, declarando nulidad de pleno derecho de las compraventas por la *Generalitat* en 1983 y 1992, y por el MNAC de 1994, y que la propiedad de los bienes objeto de dichos contratos es de la OSRMS, debiendo reintegrarse al Monasterio de Sijena. Se desestima también la demanda frente a la Federación Sanjuanista. La Audiencia Provincial, sección 1.ª Huesca, desestimó la apelación de la *Generalitat* y del MNAC, condenándolos en costas. La *Generalitat* interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en 7 motivos, y por casación basado en 4 motivos. MNAC se adhirió íntegramente a los mencionados. El Ayuntamiento de Sijena y la Comunidad Autónoma de Aragón se opusieron. Al no solicitarse por todas las partes vista pública, se señaló para votación y fallo el 15 de octubre de 2020. Por providencia de esa fecha decidió suspender la deliberación, pasando a conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose el 25 de noviembre de 2020, en que tuvo lugar. (G. G. C.)

16. Requisitos para el ejercicio de la acción de saneamiento por evicción.—El artículo 1461 CC establece que «el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta». En razón de esta obligación, el vendedor responde frente al comprador, además de por los vicios o defectos ocultos (arts. 1474.2.º y 1484 y ss. CC) por la «posesión legal y pacífica de la cosa vendida» (arts. 1474.1.º y 1475 y ss. CC). La responsabilidad por evicción nace cuando el comprador es privado, por sentencia firme y en virtud de derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada (arts. 1475. I y 1480 CC). Por otra parte, la compraventa obliga al vendedor a poner al comprador en posesión pacífica y útil de la cosa, además de hacerle responder por evicción, como ha afirmado la Sala Primera del Tribunal Supremo desde antiguas sentencias (STS de 13 de abril de 1929) hasta otras más modernas (SSTS de 13 de mayo de 1983 o 9 de marzo de 2009).

Naturaleza obligacional del contrato de compraventa y determinación del concepto «pérdida de la cosa adquirida» del artículo 1480 CC.—La concreción de este término exige precisar la naturaleza jurídica del saneamiento, en estrecha relación con la configuración obligacional del contrato de compraventa. Al respecto, declaró la STS de 27 de mayo de 1982 que «mediante la construcción de la compraventa como contrato meramente productor de obligaciones (*inter contrahentes*, mas no *erga dominum*), solo impone al vendedor la obligación de entregar una cosa, o sea, una obligación cuyo objeto inmediato no es la cosa en sí, sino la prestación o entrega de la

misma en su día, quedando cumplida esa obligación (*vacuam possessionem traeder*) una vez efectuada la tradición, aunque la cosa no fuera propia del vendedor, en razón a que si respecto del *verus dominus* de las cosas vendidas por quien no es todavía propietario de ellas, la *venditio rei alienae* no producirá, en principio, efecto, alguno, pues para él es una *res inter alios acta*, que no puede repercutirle, por modo general, desfavorable ni favorablemente (*nobis nec nocet nec prodest*), sin embargo en la relación jurídica entre el vendedor y el comprador, si la tradición o entrega se consumó, y el *verus dominus* priva judicialmente al comprador de las cosas tradidas, entonces el vendedor queda obligado a dejar indemne a éste (*habere uti ferni licere*) al ser un valor del que el comprador se ve privado, como consecuencia de la obligación *ut rem emptore habere liceat (...)*».

De esta manera, en el modelo de compraventa romana, que sigue el Código civil español, «el vendedor cumple su obligación de momento con desprenderse, desapoderarse o desinvertirse del poder o señorío que pudiese tener sobre las cosas tradidas, atribuyéndolo, invistiéndolo, incorporándolo o traspasándolo a la persona del comprador, pues una cosa es afirmar que un negocio jurídico tiene finalidad traslativa del dominio y otra que un negocio sea de transmisión del dominio» (STS de 27 de mayo de 1982). Por tanto, por la compraventa el vendedor se obliga a proporcionar al comprador esta situación de poder jurídico e inmediato sobre la cosa adquirida. El saneamiento para el caso de evicción es aquí la garantía. De tal modo, cualquier sentencia judicial firme que revierta aquel efecto resultante de la *traditio*, y genere un desapoderamiento o desinversión de aquel poder o señorío colmaría el requisito de la «pérdida de la cosa adquirida» del artículo 1480 CC.

En el artículo 1480 CC se subsumen de forma paradigmática, por tanto, los supuestos en que la respectiva sentencia resulte adversa al comprador, con independencia de que este haya actuado como demandado o demandante en el procedimiento, siempre que la sentencia haya recaído en un procedimiento declarativo y plenario, con efecto de cosa juzgada, y cuyo objeto haya sido precisamente dimir la titularidad del dominio de la cosa, la validez, eficacia u oponibilidad del título. Es indiferente si la sentencia trae causa de una acción declarativa del dominio o de una acción reivindicatoria, porque junto con el pronunciamiento declarativo sobre el derecho se ha solicitado también la restitución de la posesión *ex* artículo 348. II CC. Como ha señalado la STS de 3 de junio de 1964: «la acción que el artículo 348 CC otorga al propietario, como fundamental defensa de su derecho, tiene un amplio contenido que la doctrina ha ido determinando, al comprender en ella tanto al que se dirige contra el tenedor o poseedor de la cosa, para reintegrarla al dueño, acción estrictamente reivindicatoria, cuanto la que pretende la afirmación del derecho dominical ante el que, en cualquier forma, le desconoce acción declarativa, y asimismo cabe incluir en su ámbito todas aquellas acciones que, sin tener en la Ley una reglamentación específica van dirigidas ya a la inicial afirmación del derecho de propiedad, cuanto a fijar materialmente el objeto sobre el que éste recae y a hacer efectivos los derechos de gozar y disponer que constituyen la esencia del dominio, eliminando cuantos actos materiales o jurídicos se realicen contra la afirmación del derecho o contra su efectividad práctica (...)».

Entre las acciones que protegen el dominio resulta prototípica, junto con la declarativa del dominio y la negatoria, la acción reivindicatoria («*ius vindicandi*»), que es la que «puede ejercitar el propietario no poseedor contra el poseedor que, frente al propietario, no puede alegar un título jurídico que justifique su posesión» (SSTS de 1 de marzo de 1954 y 25 de junio de 1998),

y cuyo éxito requiere que concurren tres requisitos: 1) que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama; 2) la identificación exacta de la misma; y 3) la detentación o posesión de la misma por el demandado (SSTS de 10 de junio de 1969 y 25 de junio de 1998). Lo que caracteriza a la acción reivindicatoria frente a la declarativa del dominio es que la demanda se dirige frente a quien tiene en su poder la cosa cuya restitución se reclama, y su prosperabilidad requiere, además de la prueba de la propiedad del actor y la identificación de la finca, que el demandado no ostente ningún derecho que legitime su pretensión de retener.

Supuestos en que no es preceptiva la acumulación de acción de nulidad de título del demandado y de acción reivindicatoria, como precedentes de la acción de saneamiento por evicción.—La STS 717/1999, de 30 de julio, recordando una antigua STS de 23 de octubre de 1957, establecía que «la nulidad del título del demandado no es obligado declararla previamente, cuando es consecuencia necesaria e ineludible del ejercicio de la acción reivindicatoria». Esta postura venía reproducida también en la STS de 21 de diciembre de 1984, con arreglo a la cual: «la doctrina que proclama que si el poseedor demandado tiene un título más o menos firme no puede entablarse con éxito la acción declarativa o reivindicatoria sin atacar previamente, o a la vez, la eficacia del mismo, admite numerosas excepciones, entre otras, cuando el título del demandante es anterior al del demandado, cuando la nulidad del título en cuya virtud posee y en el cual funda su derecho el demandado es consecuencia implícita e indispensable de la acción ejercitada, cuando los respectivos títulos se derivan de documentos independientes entre sí, cuando se discuten cuestiones de preferencia o no sean contradictorias (...), y, también, en los casos en los que la cuestión planteada no se inscribe en el círculo de las nulidades documentales por falta de alguno de los requisitos del contrato o por adolecer de vicios que los invalidan».

Cuando los títulos invocados por el demandante y por el demandado derivan de documentos independientes entre sí y contradictorios, no es necesario acumular la acción de nulidad del título que obsta al éxito de la acción reivindicatoria.—Lo relevante aquí es que el éxito de la reivindicación determina la nulidad o ineficacia enervante del título del demandado frente al actor. Del mismo modo, el fracaso de la acción presupone la validez o mejor derecho del título del demandado. (STS de 23 de marzo de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En abril de 1996, Edemiro (fallecido en el año 2000 y padre del demandante, Aquilino) vendió a Amadeo una finca rústica. Tras producirse una rencilla entre Amadeo y Aquilino, fue privado en noviembre de 2010 de la posesión de la finca por Aquilino, tras haberse promovido conciliación sin avenencia. En junio de 2011 Amadeo ejercita infructuosamente acción reivindicatoria contra Aquilino, que la Audiencia Provincial desestima en abril de 2013, por no haberse dirigido la demanda contra un poseedor no propietario. Tras interponer también una querrela por falsedad documental, archivada también por la Audiencia, Amadeo interpone en noviembre de 2015 demanda de juicio ordinario contra Aquilino, solicitando que se declare su derecho al saneamiento por evicción y al cobro, en su virtud, de 30.000 euros. Tras la contestación de Aquilino, la demanda de Amadeo y la posterior apelación fueron desestimadas en abril de 2017 y en abril de 2018 respectivamente. (B. B. M.)

17. Interpretación de un contrato de naturaleza compleja que excede del ámbito de un arrendamiento típico.—La realidad comercial subyacente excede del ámbito de un arrendamiento típico cuando un sujeto vende un inmueble a otro sujeto y, dos días después, ambos celebran un contrato de arrendamiento sobre el mismo inmueble. Ello queda reforzado cuando, además, ambos son profesionales del sector inmobiliario, acuerdan una opción de compra en favor del arrendatario y una prórroga convencional forzosa para el arrendador y de duración indefinida.

Ante la peculiaridad de un contrato de arrendamiento celebrado en este contexto y con estos términos, se ha de afirmar que nos encontramos ante un contrato de naturaleza compleja, que excede del ámbito de un arrendamiento típico. Por tanto, el contrato ha de ser analizado como un todo, con prestaciones enlazadas bajo la mutua dependencia, hasta el punto de constituir una unidad funcional que no puede desarticularse, so riesgo de alterar la voluntad de los contratantes.

En concreto, la prórroga convencional sujeta a la exclusiva voluntad del arrendatario y de duración indefinida no supone quebranto legal alguno, sino que supone una manifestación de la libertad contractual consagrada en el artículo 1255 CC. (STS de 9 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La mercantil «El Sol» (arrendador) interpone demanda de juicio verbal de desahucio contra Laura (arrendataria). «El Sol» alega la extinción del contrato de arrendamiento de vivienda que les une por expiración del plazo de duración. La demanda es desestimada, pues entiende el Juzgado que la voluntad de someter el contrato a prórroga forzosa e indefinida para el arrendador es clara, tanto si se atiende a la literalidad de una de las cláusulas del contrato, como al carácter profesional de la arrendadora en el campo de la administración inmobiliaria y a los actos previos al contrato (dos días antes de la celebración del arrendamiento, la vivienda había sido vendida por Laura a «El Sol»).

La sentencia es recurrida en apelación por «El Sol». El recurso es estimado. Entiende la Audiencia que la prórroga supone una excepción al principio general de la temporalidad de los arrendamientos, por lo que debe ser interpretada en sentido estricto. En consecuencia, la citada cláusula sobre la prórroga forzosa de duración indefinida resulta contraria a la naturaleza del arriendo como cesión temporal de una cosa, de conformidad con el artículo 1543 CC, por lo que carece de fuerza para ser exigida coercitivamente. Ante esta situación, deben aplicarse los artículos 9 y 10 LAU 1994, por lo que se declara resuelto el contrato de arrendamiento de vivienda. Por tanto, Laura debe abandonar la vivienda en los plazos legales, so pena de lanzamiento.

Laura interpone recurso de casación. El recurso es estimado sobre la base de la necesidad de interpretar la relación entre las partes como una relación comercial compleja, que excede del ámbito de un arrendamiento típico, por lo que no resultan de aplicación los artículos 9 y 10 LAU 1994. Por tanto, no cabe dudas sobre la legalidad de una prórroga convencional forzosa para el arrendador y de duración indefinida con base en la libertad contractual. (T. R. C.)

18. Arrendamiento de vivienda protegida y desahucio del arrendatario por expiración del plazo.—De conformidad con la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando el arrendador interpone una demanda de resolución del arrendamiento por expiración del plazo, tras la denuncia del contrato sin desalojo del arrendatario, su pretensión decaerá si el objeto del arrendamiento recae en una vivienda protegida de promoción pública, cuya transmisión a una sociedad mercantil se ha declarado nula por sentencia firme. (STS de 23 de febrero de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Con fecha 6 de marzo de 2009, María Rosario suscribió con el Instituto de la Vivienda de Madrid un contrato de arrendamiento que tenía por objeto la vivienda y garaje anexo, por entonces propiedad de dicha entidad pública. El plazo del arrendamiento de vivienda, de conformidad con el contrato suscrito por las partes, tenía una vigencia de un año, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos respecto del plazo mínimo y prórroga del contrato.

Con fecha 25 de octubre de 2013, la entidad Encasa Cibeles S.L.U., constituida un mes antes y cuyo objeto era la compraventa de inmuebles de naturaleza urbana y su explotación en arrendamiento, suscribió con el Instituto de la Vivienda de Madrid una escritura de compraventa y subrogación hipotecaria sobre un total de 2.935 viviendas pertenecientes a 32 promociones ubicadas en distintas zonas de la Comunidad de Madrid, y en cuya virtud la sociedad compradora se subrogó como parte arrendadora en el referido contrato de arrendamiento.

Con fecha 13 de diciembre de 2016, Encasa Cibeles S.L.U. requirió a la arrendataria comunicándole que el contrato finalizaría el 6 de marzo de 2017, extinguiéndose en esta fecha. La arrendataria contestó al requerimiento por escrito de fecha 28 de diciembre de 2016 alegando no reconocer la propiedad de la requirente por la existencia de indicios de criminalidad que ponían en duda la legalidad de la venta y que estaban investigándose por un juzgado de instrucción, y negando que el plazo del arrendamiento hubiera expirado.

Con fecha 23 de junio de 2017, Encasa interpuso una demanda de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por expiración del plazo, solicitando la resolución del contrato y el desahucio de la arrendataria, con apercibimiento de lanzamiento. La arrendataria se opuso a la demanda, reiterando los motivos anteriores. La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda e impuso las costas a la demandante, por inexistencia de prejudicialidad penal, y por falta de expiración del plazo de duración aplicable.

La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación de la demandante, confirmó la sentencia apelada con imposición costas a la apelante, por diversas razones. En primer lugar, el plazo aplicable a dicho arrendamiento (art. 3 Decreto 100/1986) por tratarse de una vivienda protegida de protección pública es de dos años y sucesivas prórrogas anuales, y que la vivienda arrendada es de promoción pública, y no solo de protección pública. La demandante interpuso contra dicha sentencia

recurso de casación por interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

NOTA.—El Tribunal Supremo determina que la firmeza del pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, que declara la nulidad de todo el procedimiento que culminó en el otorgamiento de dicha escritura de compraventa, motiva la falta de cumplimiento del fin al que las viviendas protegidas de promoción pública debía sujetarse. De esta consideración, se extraen dos conclusiones. Por una parte, al arrendatario de una vivienda protegida no le es indiferente quién sea el arrendador, en atención a las futuras, pero ciertas, consecuencias negativas derivadas de la desaparición de los beneficios y fines sociales; lo califica de interés legítimo para legitimar activamente su pretensión en la jurisdicción, por ser un tercero respecto de la compraventa de las viviendas. Por otra parte, en virtud de la nulidad de dicha compraventa declarada en sentencia firme, se ha producido una falta sobrevenida de acción por nulidad del título en que la misma se fundamentaba. (C. A. C.)

19. Ejecución hipotecaria. Resolución del arrendamiento. Precario.—Según el Tribunal Supremo, tras la reforma del artículo 13 LAU por la Ley 4/2013, en casos de enajenación forzosa, el derecho del arrendador y el propio contrato de arrendamiento se extinguen *ipso iure*, salvo que dicho contrato se hubiese inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho de hipoteca ejecutado. En el caso enjuiciado por la Sala, se daría el supuesto contemplado de la pérdida por extinción del título que legitimaba la posesión de los demandados que, en consecuencia, se hallarían en situación de precario. Todo ello debe entenderse sin perjuicio de que el adjudicatario y el arrendatario concierten un nuevo contrato de arrendamiento. En el presente caso concurre la circunstancia, contraria a la idea de la eventual existencia de ese nuevo contrato, de que, desde la enajenación forzosa del inmueble y su adquisición por la sociedad demandante, los demandados no han abonado la renta a la nueva entidad propietaria del inmueble, la cual tampoco consta la exigiese antes de la formulación de la demanda. Pero no cabe que ante el impago de la renta arrendaticia, iniciado con el cambio de propietario por la adjudicación de la finca en ejecución hipotecaria, y el aquietamiento durante un periodo de más de dos años y medio del nuevo propietario sin instar el desahucio ni reclamarlas rentas atrasadas se pretenda que reviva una relación arrendaticia que feneció automáticamente por ministerio de la ley al consumarse la enajenación forzosa de la finca. **(STS de 1 de marzo de 2021;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 5 de marzo de 2014, una mercantil concertó con dos personas físicas, como arrendatarios, un contrato de arrendamiento cuyo objeto fue una vivienda. La SAREB es la propietaria actual de la vivienda, tras serle adjudicada en el procedimiento de ejecución hipotecaria, mediante decreto de adjudicación, de fecha 1 de septiembre de 2014. Los demandados no abonaron las rentas correspondientes a los meses de octubre de 2014 a mayo de 2017, por importe total de 17.904,40 euros. SAREB interpuso demanda en la que solicitaba: (i) la declaración de resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de las cantidades pactadas en con-

cepto de renta; (ii) la condena a los demandados a desalojar la finca, decretándose su desahucio, y al pago de las rentas adeudadas y de las que se devenguen durante la tramitación del procedimiento; y (iii) la condena al pago de los intereses legales y de demora, y al pago de las costas causadas.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial.

Los demandados interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula en parte la sentencia de apelación, que declara sin valor ni efecto alguno en cuanto a los pronunciamientos relativos a la condena al pago de las rentas arrendaticias impagadas y a la declaración de resolución del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes por falta de pago de las rentas pactadas desde la enajenación forzosa de la finca por la demandante. Con todo, se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en el sentido de estimar en parte la demanda en cuanto a la pretensión de condenar a los demandados al desalojo de la finca ocupada. (*J. M.^a M. F.*)

20. Hipoteca «tranquilidad». Intereses remuneratorios. Sistema de amortización. Control de transparencia.—Las cláusulas impugnadas afectan a las dos principales obligaciones del prestatario: la devolución o reembolso del capital en el plazo y forma pactados, y el pago de los correspondientes intereses remuneratorios. En consecuencia, afectan a elementos esenciales del préstamo hipotecario, en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, conforme al cual: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles». El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula. En este caso, el funcionamiento del interés remuneratorio está claramente explicado en la documentación contractual. Las cláusulas impugnadas se ordenan según su finalidad. Los datos cuantitativos del tipo fijo inicial y los diferenciales aparecen destacados tipográficamente, al igual que el número de cuotas de amortización. Las reglas sobre la amortización del préstamo están claramente fijadas sin redacciones ambiguas u oscuras, ni remisiones a cláusulas distintas, ni anexos u otros documentos. La regulación contractual sobre los intereses ordinarios es clara. Dada la ausencia de limitación a la variabilidad (incluso ausencia en el primer tramo de vida del contrato de la propia variabilidad), no tiene sentido

exigir al prestamista información sobre previsible comportamientos del euríbor o el coste comparativo de otros productos para asegurar esa variabilidad, ni la expresa indicación del carácter esencial de una cláusula limitativa que no existe. No hay cláusula sorprendente, ni frustración de expectativa o alteración subrepticia de los elementos esenciales que el consumidor pudo entender contratados. Como las cláusulas litigiosas sobre el interés remuneratorio son transparentes, resulta improcedente realizar el control de abusividad, habida cuenta que dicho interés es el precio del contrato (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE). **(STS de 23 de marzo de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Los prestatarios suscribieron una escritura de préstamo con garantía hipotecaria con el Banco Español de Crédito, denominado «hipoteca tranquilidad». Los prestatarios formularon una demanda de juicio ordinario contra la mencionada entidad financiera, en la que solicitaron la nulidad —entre otras— de las indicadas cláusulas relativas a los intereses remuneratorios pactados, con el consiguiente recálculo de las cuotas hipotecarias. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que estimó la nulidad de las mencionadas cláusulas, ordenó el re-cálculo de las cuotas a razón de Euríbor más 0,7% a un plazo de cuarenta años y condenó a la demandada a restituir a los demandantes las cantidades cobradas en exceso.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia fue recurrida en apelación por el Banco demandado. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

El Banco interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima el recurso. *(J. M.^a M. F.)*

21. Novación de cláusulas suelo insertas en préstamos hipotecarios: control de transparencia de la nueva cláusula suelo predispuesta que modifica la cláusula suelo inicial.—Resulta posible modificar la cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario, aunque fuera potencialmente nula, siempre que tal novación, de ser predispuesta por el empresario, supere el control de transparencia (SSTS, de Pleno, 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre). Esta exigencia requiere que el consumidor se encuentre en condiciones de comprender las consecuencias económicas de la cláusula suelo. Sin embargo, no impone al profesional informar de manera precisa acerca del impacto económico de la cláusula, pues el valor exacto del índice variable que sirve para calcular los intereses depende de acontecimientos futuros imprevisibles y ajenos a su voluntad. En cambio, la información sobre la evolución pasada del índice constituye un elemento que permite al consumidor tomar conciencia de las consecuencias económicas de la cláusula suelo (STJUE de 9 de julio de 2020, C-452/18). La transcripción manuscrita en la que los prestatarios afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés nunca bajará del límite pactado, no es suficiente por sí sola para afirmar que la novación fue negociada, pero sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Se supera el control de transparencia si consta el conocimiento de la evolución pasada del índice a partir del que se calcula el tipo de interés y de sus concretas consecuencias económicas

por la incidencia práctica que tal variación ha tenido en la cuantía de las cuotas periódicas. A lo anterior apoya que esta variación es objeto de publicación por el Banco de España.

Renuncia por consumidor al ejercicio de acciones dentro de acuerdo transaccional mediante el que se acepta una nueva cláusula suelo: necesaria limitación a las controversias existentes, y aplicación de los parámetros del control de transparencia.—Es válida la transacción sobre una cláusula suelo potencialmente nula si, en caso de predisposición empresarial, supera las exigencias de transparencia, representadas porque el consumidor disponga de la información necesaria que le permita comprender sus consecuencias jurídicas. En cambio, no vincula al consumidor la renuncia, sobre controversias futuras, a acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 (STJUE de 9 de julio de 2020, C-452/18). Por ello, debe tenerse por no puesta la cláusula mediante la que se renuncia con carácter genérico a cualquier acción que traiga causa de la formalización y clausulado del contrato de préstamo, que no se limita a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a los pagos realizados durante su aplicación. Lo anterior conlleva que subsista la acción de nulidad de la cláusula suelo inicial, y proceda la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en su aplicación.

Subsistencia de la acción de nulidad de cláusula suelo inicial.—El acuerdo novatorio no supone la extinción de la acción nulidad de la cláusula suelo inicial porque las normas que regulan la confirmación (arts. 1309 y 1313 CC) no resultan aplicables a los supuestos de nulidad absoluta, como son las cláusulas abusivas de acuerdo con los artículos 8.2 LCGC y 83 TRLGDCU, sin que el consumidor pueda quedar vinculado por ellas, como señala el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 (STS 454/2020, de 23 de julio).

Carácter predispuesto de las cláusulas novatorias y de renuncia: calificación como condición general de la contratación.—Las cláusulas no negociadas individualmente son aquellas redactadas previamente por el profesional con vistas a su utilización generalizada sin que el consumidor haya podido influir sobre su contenido (STJUE de 15 de enero de 2015, C-537/13). Tales caracteres pueden concurrir en una cláusula que tiene por objeto modificar otra potencialmente abusiva de un contrato anterior. La circunstancia de que dicho acuerdo novatorio se enmarque en una política de renegociación de los contratos de préstamo que incluyan cláusulas suelo podría constituir un indicio de que el otro contratante no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula (STJUE de 9 de julio de 2020, C-452/18). (STS de 4 de febrero de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Esta sentencia tiene por objeto la nulidad de una cláusula suelo de un 3,25% inserta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria de una vivienda, suscrito en julio de 2011, y la consecuente petición de condena a devolver las cantidades indebidamente cobradas por la entidad bancaria en su aplicación. Igualmente se instó la declaración de nulidad de una nueva cláusula suelo del 2,25%, pactada en un documento privado en noviembre de 2013 en el que los prestatarios transcribieron de forma manuscrita: «*soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual*»; así como de otra cláusula mediante la que, en referencia al contrato originario, renunciaron genéricamente a «*cualquier acción que traiga causa*

de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». En el acuerdo constaba el valor del índice de referencia en ese momento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró nulas las cláusulas suelo original y posterior, así como la renuncia al ejercicio de acciones. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria. Ésta presentó recurso de casación alegando infracción del principio de libertad contractual y de la regulación de la transacción realizada por los artículos 1809, 1816 y 1819 CC, que le atribuye fuerza de cosa juzgada; la infracción del artículo 6 CC, al considerar válida la renuncia realizada, e infracción de los artículos 1309 y 1313 C, por entender que se habría convalidado el contrato inicial. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia admite la validez de los pactos suscritos en una política de renegociación realizada en el escenario de incertidumbre que se dio entre la STS de 9 de mayo de 2013, que declaró abusivas las cláusulas suelo, y la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que estableció los efectos retroactivos de tal declaración. Esta doctrina ha tenido continuidad desde la STS, de Pleno, 205/2018, de 11 de abril (véase, entre otras, SSTS 335/2021, de 18 de mayo, y 924/2021, de 23 de diciembre). Ahora bien, resulta casuística la apreciación de la nulidad de la renuncia a las cantidades abonadas, pues dependerá del tiempo transcurrido desde la STS de 9 de mayo de 2013 y la fecha del acuerdo. Así, la STS 675/2020, de 15 de diciembre, admitió su validez por haberse realizado solo tres meses después de la STS de 9 de mayo de 2013; en cambio, la STS 261/2021, de 20 de abril, declaró su nulidad al haber transcurrido ocho meses, pues el consumidor no podía calcular fácilmente las consecuencias económicas de la renuncia, aun cuando se le facilitara el valor del Euríbor vigente en tal momento. La admisión de estas renunciaciones debería pasar porque la entidad bancaria informara de su impacto económico, lo que sería más plausible que remitir al consumidor a realizar cálculos financieros, como hace la STJUE de 9 de julio de 2020, que parte de la existencia de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, que no siempre se da (véase Cámara Lapuente, S., «La STJUE de 9 de julio de 2020 [C-452/18] sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?» *Almacén de Derecho*, 10 de julio de 2020). Así, la STS 63/2021, de 9 de febrero, señaló que los argumentos de la publicación oficial del índice de referencia y de la constancia del vigente en el acuerdo, no pueden utilizarse para enjuiciar la validez de una renuncia —que se limitaba a la controversia suscitada sobre la cláusula suelo— cuando habían transcurrido casi tres años desde la STS de 9 de mayo de 2013. Se declaró su nulidad pues la insuficiencia de la información suministrada (el Euríbor de los dos últimos años, el máximo y mínimo de los últimos quince años y la cuota que debiera pagar de aplicarse tales topes) no permitiría a un consumidor perspicaz realizar al menos un cálculo estimativo de la cuantía a la que renunciaba. (F. S. N.)

22. Gastos notariales e impuestos ligados a préstamos hipotecarios: consecuencias de la abusividad de la cláusula que los impone al prestatario.—De conformidad con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula que carga al consumidor prestatario con el pago de la totalidad de los gastos derivados del préstamo hipotecario, conlleva su inaplicación y la distribución de tales gastos en función de las disposiciones legales aplicables supletoriamente (STS, de Pleno, 48/2019, de 23 de enero). Si tales normas atribuyen al prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 no se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de los gastos que deba soportar (STJUE de 16 de julio de 2020 [C-224/19 y C-259/19]).

Distribución de gastos notariales.—El artículo 63 del RN, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre, *por el que se aprueba el Arancel de los Notarios*, impone la obligación de pagar los aranceles a los interesados, sin especificar si a efectos de la redacción de la matriz de la escritura de préstamo lo es el prestatario o el prestamista. Al ser el préstamo hipotecario una realidad inescindible, en la que está interesado tanto el consumidor —por la obtención del préstamo—, como el prestamista —por la garantía hipotecaria—, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos de su otorgamiento. Idéntico criterio resulta aplicable a la escritura de modificación del préstamo, pues ambas partes están interesadas en ella. En cambio, los gastos de la escritura de cancelación de la hipoteca corresponden al prestatario, al ser el interesado en la liberación de la carga. Y los gastos por la expedición de copias de las distintas escrituras relacionadas con el préstamo, pertenecen a quien las solicite, en tanto interesado (STS, de Pleno, 48/2019, de 23 de enero).

Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.—En lo que afecta al pago de este impuesto habrá que estar a las siguientes reglas: a) Respecto a la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario; b) En lo que concierne al pago del impuesto, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario; c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan las escrituras, respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite; y d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad Actos Jurídicos Documentados (STS, de Pleno, 48/2019, de 23 de enero, y SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo). **(STS de 15 de febrero de 2021;** ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En 2002 unos consumidores concertaron un contrato de préstamo hipotecario con una entidad bancaria, en el que se atribuyó a los primeros el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación y cancelación de la hipoteca, los impuestos originados por la operación crediticia y los gastos de gestión derivados de la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora. Los prestatarios solicitaron la declara-

ción de nulidad de la correspondiente cláusula, la condena al banco demandado a eliminarla del contrato y a devolverles las cantidades abonadas en su aplicación. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pronunciamiento que sería confirmado por la Audiencia Provincial. La entidad bancaria interpuso recurso de casación articulado en tres motivos que giraban en torno al pago de los aranceles notariales y del referido tributo. En el primero alegó vulneración del artículo 83 TRLGDCU, en relación con el artículo 1303 CC, y la doctrina de otras audiencias provinciales según la cual, tras la declaración de nulidad de una cláusula de gastos, procede la determinación en cada caso de la obligación de restitución inherente a tal declaración. El segundo motivo se fundamentó en la contravención del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en relación con la normativa reguladora de los aranceles notariales, citando pronunciamientos contradictorios de otras audiencias que, tras la declaración de nulidad, acudieron a las normas que determinan a quién corresponde su pago. El último motivo alegó vulneración del artículo 89.3 c) TRLGDCU, en relación con el artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el RD Legislativo 1/1993, y el artículo 68 del Reglamento regulador de dichos impuestos, aprobado por el RD 828/1995; preceptos que atribuyen al prestatario la condición de sujeto pasivo del impuesto. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación.

NOTA.—La distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario, tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, *reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, se realiza de forma imperativa por su artículo 14.1e). Además, el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, ha modificado el artículo 29 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, para establecer que, en el caso de escrituras de préstamo hipotecario, el prestamista será el sujeto pasivo. No obstante, ello solo es aplicable a las operaciones escrituradas desde el 10 de noviembre de 2018, al no poseer efecto retroactivo el Real Decreto-Ley (véase Díaz de Lezcano Sevillano, I., *ADC*, 2019-II, p. 648, y *ADC*, 2020-III, p. 1.299). (F. S. N.)

23. Interpretación de los contratos. Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.—El Tribunal Supremo considera que no es posible atribuir naturaleza de condición delimitadora del riesgo a una cláusula que va en contra de la propia normativa del seguro obligatorio suscrito. En el caso enjuiciado, la misma póliza señala que la entidad aseguradora se compromete a dar cobertura al asegurado en los términos previstos en el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, disposición normativa que no excluye de la condición de tercero a los familiares del asegurado. El Tribunal afirma que una cláusula de exclusión como la expuesta podría ser incluso calificada como lesiva (art. 3 LSC), en tanto en cuanto reduce el derecho del asegurado vaciándolo de su contenido legal obligatorio (SSTS 303/2003, de 20 de marzo y 273/2016, de 22 de abril).

Los intereses del artículo 20 LSC.—Es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 570/2019, de 4 de noviembre, 47/2020, de 22 de enero

y 419/2020, de 13 de julio, entre otras) que los intereses del artículo 20 LSC poseen un carácter marcadamente sancionador, por lo que las causas justificadas de exoneración del deber de indemnizar deben ser interpretadas restrictivamente. Todo ello con el objetivo de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados.

La sentencia razona que el mero hecho de judicializar la reclamación no puede dejar sin efecto la aplicación del artículo 20 LSC, pues de lo contrario, esta quedaría subordinada a la oposición de las compañías de seguro. Únicamente cuando la intervención judicial sea necesaria para determinar el derecho a la indemnización y la oposición por parte de la compañía sea razonable, podrá ser de aplicación la causa justificada a la que hace referencia el artículo 20.8 LSC (STS 317/2018, de 30 de mayo).

Pólizas de seguro. Seguro en materia de caza.—El seguro obligatorio del cazador se encuentra regulado en el Real Decreto 63/1994, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador. Se trata de un seguro de responsabilidad civil del cazador con armas que comprende los daños que se puedan causar con ocasión de la acción de cazar. Se configura como un seguro obligatorio (arts. 73 a 76 LCS), sin el cual no es posible obtener la licencia de caza ni practicarla. Su ámbito de cobertura abarca la obligación de indemnizar los daños corporales causados a las personas en el ejercicio de la caza, siendo objeto expreso de aseguramiento los disparos involuntarios y los ocasionados en tiempo de descanso de la actividad de caza. Su límite cuantitativo es de 90.151,82 euros por víctima, sin perjuicio de que puedan pactarse seguros voluntarios que excedan de ese límite. **(STS de 23 de febrero de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En el ejercicio de la caza, Sabino resulta herido por un disparo con arma de fuego efectuado por su hijo Adriano. Este último contaba con las licencias preceptivas y con el seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador. En el artículo primero de las condiciones generales de la póliza suscrita constaba que la empresa aseguradora garantizaba la indemnización de los daños personales causados a terceros con ocasión de la acción de cazar. No obstante, en la definición de lo que debe entenderse por tercero en el preliminar de las condiciones particulares, se establecía que esta condición «la reúne cualquier persona física o jurídica distinta de: [...] b) Los cónyuges, (de hecho y de derecho), ascendientes, descendientes y colaterales del tomador del seguro y asegurados». Sabino interpuso demanda de juicio ordinario contra la compañía aseguradora (Generali España S. A.) solicitando que se condenara a la misma a satisfacer al demandante la cantidad de 50.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

Esta resolución fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial, que estimó parcialmente el recurso, condenando a la Generali España S. A. al pago de 15.073,38 euros.

Contra la referida sentencia se interpuso recurso de casación por parte de la compañía aseguradora. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. *(M. S. G.)*

24. Contrato de seguro y cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados.—A criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, las partes contratantes son libres para pactar en un contrato de seguro niveles de cobertura de los gastos de defensa jurídica mayores, mediante el pago por el asegurado de una prima superior. Asimismo, determina que el ejercicio del derecho del asegurado de elegir libremente a su representante legal no excluye que se establezcan limitaciones a los gastos soportados por las compañías aseguradoras, siempre que no se vacíe de contenido la libertad de elección por el asegurado del representante, y que la indemnización efectivamente abonada sea suficiente. (**STS de 24 de febrero de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Juan Miguel concertó el 25 de enero de 2002 un contrato de seguro de automóvil con Fiatc, que se fue renovando a su vencimiento de manera anual durante los años siguientes. En las condiciones particulares de la póliza se incluía la defensa jurídica. En las cláusulas particulares, el asegurador se comprometía a garantizar a su cargo, sin límite alguno, todos los gastos necesarios para la defensa y reclamación de los intereses del asegurado cuando los servicios sean prestados por el mismo. Asimismo, si el asegurado ejerce su derecho a la libre elección de abogado y procurador, el asegurador se compromete a abonar hasta el límite máximo de 600 euros.

Estando vigente el contrato de seguro, Juan Miguel falleció el 26 de septiembre de 2010 en un accidente provocado por otro conductor que circulaba bajo los efectos del alcohol. Ante las retenciones de Generali, como aseguradora del vehículo causante del accidente, a pagar la indemnización correspondiente, Lorenza y Silvio, esposa e hijo del fallecido respectivamente, designaron libremente letrado que les permitiera ejercer libremente la defensa de sus intereses, hecho que comunicaron el 23 de noviembre de 2010 a Fiatc. Lorenza y Silvio abonaron los importes pactados en el contrato de arrendamiento de servicios por la representación y defensa, por importes de 31.183,35 y 3.090,18 euros. Los honorarios se reclamaron a Fiatc quien, tras varias gestiones y requerimientos, acabó emitiendo un cheque a nombre de Lorenza por importe de 600 euros, por tratarse del límite que está cubierto en la póliza de seguro.

Lorenza y Silvio, en su condición de herederos del Juan Miguel, interponen demanda contra Fiatc por la que solicitan el abono da la factura pagada, descontando los 600 euros ya abonados, al considerar que la cláusula por la que se limitaba la cuantía debía ser dejada sin efecto por nula (art. 3 LCS). El juzgado estimó íntegramente la demanda y condenó a Fiatc a pagar la cantidad solicitada, porque la cláusula relativa a la defensa jurídica era limitativa y no aparecía destacada respecto de las restantes condiciones del contrato de seguro.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Fiatc, y la Audiencia Provincial estimó el recurso. El fundamento es que la cobertura de la defensa jurídica debía relacionarse directamente con el importe de la prima del contrato de seguro. Los demandantes interponen recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo establece que la claridad y precisión es exigible a todas las cláusulas del contrato de seguro, tanto si están incluidas en las condiciones generales como en las particulares. Las formalidades (art. 3 LCS) para las cláusulas limitativas que condicionan o modifican el derecho a cobrar la indemnización suponen un plus con el fin de comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto. Cuando las cláusulas sean claras, y en su caso hayan superado las exigencias formales de aceptación, no revestirán carácter lesivo alguno. Además, el artículo 76 LCS excluye de la regulación propia del contrato de seguro de defensa jurídica a la denominada defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil; recuerda que la facultad de libre designación de profesionales es contenido propio del contrato de seguro de defensa jurídica, y no del de responsabilidad civil. La cláusula que delimita cuantitativamente el objeto asegurado, aunque en principio pueda calificarse como delimitadora del riesgo, puede ser limitativa de derechos e incluso lesiva si fija unos límites notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de responsabilidad civil. (C. A. C.)

25. Responsabilidad por derribo de edificación en finca colindante. Inmuebles separados por pared medianera.—No existe incompatibilidad jurídica entre derribar la construcción colindante con la conservación de los derechos sobre el muro medianero para una posterior edificación adherida y disfrutar en ella de los derechos de los artículos 577 y 599 CC. Todo ello, sin perjuicio de los efectos que sobre la extinción de la medianería puedan derivarse, en su caso, de no levantar la construcción en el plazo de 20 años, por aplicación del artículo 546.2.º CC.

La demolición del inmueble colindante no presupone la renuncia de la medianería.—En consecuencia, la acción de indemnización de daños y perjuicios se ejercitó en base a los artículos 1902 y 1903 CC y versaba únicamente sobre la cuantía de las medidas preventivas que debían adoptarse por la situación en que quedó la pared medianera tras la demolición del edificio de los demandados, al descubrirlo.

El daño: concepto jurisprudencial.—La jurisprudencia identifica el daño como el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento y evento determinado sufre un sujeto de derecho, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o patrimonio, dentro de los cuales se encontrarían aquéllos desperfectos constitutivos de un peligro grave, cierto, objetivo y persistente (STS del Pleno 221/2014, de 5 de mayo). (STS de 4 de febrero de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora, propietaria de una casa, demandó a los dueños del edificio colindante, separado por pared medianera, en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por la demolición de este último, que se encontraba en estado ruinoso y se había abordado sin licencia, proyecto, ni dirección técnica por parte de arquitecto o aparejador.

Quedó demostrado que el daño en la pared medianera fue consecuencia directa de la demolición de la edificación de los demandados al dejar el muro sin protección.

El juzgado declaró la responsabilidad de los demandados, considerando que esta responsabilidad consistió en una negligente actuación en la conservación y reparación del muro medianero. La audiencia confirmó esta sentencia y el Tribunal Supremo admitió en parte el recurso de casación de la actora, al elevar el montante indemnizatorio establecido en primera instancia.

NOTA.—En general, han de quedar indemnes, tras la demolición, todas las construcciones que se apoyen en la pared medianera, porque se trata de evitar daños al vecino o vecinos en la medianería y en sus edificios con ocasión del derribo. A tal finalidad, son de cuenta del propietario que demuele su edificio contiguo todas las reparaciones y obras que el derribo exige (véase, Alonso Pérez, M., en *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, I, Madrid 1993, p. 1471). (I. D.—L.)

26. La doctrina del riesgo. Requisitos de aplicación.—La culpa es el criterio ordinario de imputación del daño sobre el que se construye el artículo 1902 CC. Sin embargo, una actividad peligrosa también puede constituir un título legítimo de imputación del daño. De la configuración jurisprudencial de esta doctrina (SSTS 720/2008, de 23 de julio, 185/2016, de 18 de marzo y 187/2012, de 29 de marzo) cabe destacar: 1) Que el riesgo, por sí solo, no es título de imputación jurídica en nuestro Derecho, sino que exige la concurrencia del elemento de la culpa; 2) Que la doctrina del riesgo se aplica a actividades anormalmente peligrosas que son susceptibles de causar daños especialmente significativos, fundamentalmente en la salud de las personas; 3) Que en estos casos se produce una elevación de los estándares de diligencia exigibles a quien explota, controla o debe controlar la actividad, en proporción al incremento del riesgo que genera para terceros; 4) Que se produce una inversión de la carga de la prueba, atribuyéndose a quien gestiona la actividad.

La doctrina del riesgo. Aplicación a los «pasivos ambientales». Deber de actualización de los conocimientos.—El Tribunal Supremo argumenta que, en los casos en los que se lleva a cabo una actividad especialmente riesgosa cuyos efectos nocivos son descubiertos a medida que progresa el estado de la ciencia, quien explota la actividad debe extremar sus precauciones, realizando una evaluación permanente de los peligros inherentes. La sentencia destaca que en los daños ambientales existe además el deber de actualizarse continuamente cara a la utilización de las mejores técnicas para evitar los daños, siempre que se pueda acceder a las mismas en condiciones razonables. En este sentido, ni el hecho de que la actividad cuente con autorización administrativa ni la inexistencia de sanciones implica la ausencia de responsabilidad.

La doctrina del riesgo: Aplicación a los «pasivos domésticos».—En los casos en los que una empresa explota una actividad anormalmente peligrosa que puede causar daños previsibles a terceros ajenos a la misma (pasivos domésticos), el cumplimiento de la normativa laboral en materia de prevención de riesgos no implica ausencia de responsabilidad.

Indemnización por causa de muerte. Legitimación activa.—Es doctrina de este Tribunal que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable *ex iure proprio*, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del *de cuius* (STS 246/2009,

de 1 de abril). En estos casos, no nos encontramos ante un derecho personalísimo que se extingue por la muerte, sino ante un derecho de crédito que nace desde el momento en el que se causa el daño. Así, el lesionado adquiere el derecho desde que sufre el perjuicio y este queda integrado en su patrimonio, susceptible de ser transmitido a sus herederos. El Tribunal destaca que la transmisibilidad del crédito no genera enriquecimiento sin causa a los herederos, sino que evita un beneficio injustificado al causante del daño, que vería extinguida su responsabilidad por el fallecimiento de la víctima.

Indemnización por causa de muerte. Compatibilidad entre las acciones ejercitadas *iure hereditatis* y *iure proprio*.—De acuerdo con la doctrina de esta sentencia, el perjuicio sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos, que le suceden en la acción, y es al mismo tiempo compatible con el daño experimentado por estos como perjudicados por su fallecimiento. Por tanto, las acciones *ex iure hereditatis* y *ex iure proprio* pueden ejercitarse conjuntamente, ya que no son acciones incompatibles o que se excluyan mutuamente (art. 71.2 LEC).

Responsabilidad extracontractual. Daños indemnizables tras la muerte.—En aquellos supuestos en los que se adquiere *mortis causa* un crédito resarcitorio que no ha sido cuantificado con anterioridad al fallecimiento de la víctima, este debe ajustarse a los daños efectivamente causados, no siendo posible desligar el derecho de crédito del hecho de la muerte. No cabe indemnizar aquellos daños que hubieran correspondido al causante en función de sus expectativas vitales, pues estas se han visto frustradas por la muerte.

El Tribunal Supremo recuerda que, en el momento en el que se produce el fallecimiento, ya no hay incertidumbre sobre la duración de las lesiones o secuelas, sino un dato cierto como es el fenómeno de la muerte (STS 535/2012, de 13 de septiembre).

Cuantificación del daño. Uso de las reglas del baremo de tráfico.—Las reglas del baremo de tráfico pueden emplearse como criterios orientativos y no vinculantes en la determinación del daño corporal sufrido en otros sectores (SSTS 902/2011, de 30 de noviembre, 262/2015, de 27 de mayo y 232/2016, de 8 de abril). El Tribunal Supremo ha establecido expresamente que la aplicación del citado baremo no impide la aplicación de criterios correctores en atención a las circunstancias concretas del sector en el que se haya ocasionado el daño.

Responsabilidad extracontractual. Consideración de las placas pleurales como lesión indemnizable.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo define el daño moral como «la situación de agonía, zozobra, ansiedad y estrés» que sufre la víctima (SSTS 217/2012, de 13 de abril o 232/2016, de 8 de abril entre otras). En este sentido, aunque las placas pleurales no llevan aparejada una afectación de la función pulmonar, su presencia puede derivar en enfermedades fatales como la mesotelioma. Todo ello, sumado a los largos periodos de latencia de la enfermedad y al hecho de que las víctimas viven en una población con un elevado porcentaje de patologías de esa misma clase, determina la existencia de daño moral. No obstante, el montante indemnizatorio deberá adecuarse a la probabilidad de contraer una enfermedad más grave y a la edad de las víctimas. (STS de 15 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Entre 1907 y 1997 Uralita S. A. fabricó elementos para la construcción mediante el uso de amianto, elemento que es causante de distintas patologías. Los trabajadores que manipulaban este mineral regresaban a sus domicilios con sus ropas contaminadas, lo que provocaba que los familiares que convivían con ellos resultaran igualmente afectados (pasivos domésticos). Asimismo, las personas que vivían en las proximidades de la fábrica resultaban perjudicadas por las emanaciones y residuos procedentes de la misma (pasivos ambientales).

En 2012, Ángel Jesús y cuarenta y dos personas más interpusieron demanda de juicio ordinario contra Uralita S.A., en la que se solicitaba la condena de la demandada al pago de la cantidad de 5.798.082,6 euros. El Juzgado de Primera instancia estimó en parte la demanda y consideró que no habían sido observadas las prevenciones existentes entre 1971 a 1977 relativas al lavado de la ropa de trabajo por la propia empresa. Consideró que la demandada era responsable de los daños provocados a los denominados pasivos domésticos durante el citado periodo, sin que «se pudiera extender a otros periodos temporales anteriores, al ser la legislación existente genérica y limitada a la protección del trabajador y no de sus familiares». En lo relativo a la contaminación medioambiental, se consideró infringida la normativa existente. No obstante, se desestimó que tales incumplimientos tuvieran repercusión en el exterior de la fábrica.

Esta resolución fue recurrida en apelación por ambas partes. La Audiencia Provincial dictó sentencia estimando parcialmente el recurso tanto de Ángel Jesús y otros, como de Uralita S.A. (en aquel momento, Corporación Empresarial de Materiales de Construcción, S.A.). La Audiencia Provincial consideró que las acciones ejercitadas no eran interpuestas por los trabajadores de la fábrica (en cuyo caso la competencia del litigio correspondería a la jurisdicción social), sino por los familiares de estos y las personas que vivieron en las proximidades de la fábrica. La sentencia consideró que los demandantes presentaban tres tipos de patologías relacionadas con la inhalación de fibras de amianto (mesoteliomas pleurales o peritoneales, asbestosis y placas pleurales) y que estaba científicamente demostrado que tanto la exposición doméstica como ambiental al amianto suponía un riesgo cierto de adquisición de las mismas. Se consideró justificada la relación de causalidad entre la actividad de la fábrica y las patologías padecidas por los demandantes, constando la ausencia de hipótesis alternativas distintas a las expuestas.

La Audiencia Provincial afirmó que no era objeto del proceso determinar el cumplimiento de la normativa laboral, sino constatar si Uralita, S.A. había actuado con la diligencia debida de acuerdo con los conocimientos que se iban adquiriendo sobre los efectos perniciosos del amianto. Al respecto, constató que no se habían tomado las medidas necesarias para la prevención del daño y amplió la responsabilidad de la mercantil demandada a los pasivos domésticos, sin limitarla al periodo comprendido entre los años 1971 a 1977. Asimismo, en aplicación de la doctrina del riesgo, se consideró que Uralita S. A., pese a conocer el peligro que conllevaba la inhalación de fibras de amianto, emitió dichas fibras

al exterior sin el control adecuado, por lo que se estimó la demanda en cuanto a las personas que vivían en las inmediaciones de la fábrica en un radio inferior a los 2.000 metros (pasivos ambientales). No obstante, se excluyó la indemnización por la presencia de placas pleurales, argumentando que en la mayoría de los casos no producen limitaciones en la función pulmonar ni condicionan la aparición de otras enfermedades relacionadas con el amianto.

Contra esta sentencia se interpuso por ambas partes sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y casación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso extraordinario por infracción procesal y estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por la parte actora. (*M. S. G.*)

27. Consumidores y usuarios. Responsabilidad por productos defectuosos. Retirada voluntaria del producto del mercado.—La Sala Primera del Tribunal Supremo insiste en que la normativa de responsabilidad por daños por productos no se aplica solo para resarcir los daños producidos cuando se incumplan las normas de seguridad y calidad, o cuando no se hayan realizado ensayos o inspecciones, sino también cuando los daños se originan por un producto que resulta inseguro a pesar de los controles previos. En este contexto, debe considerarse inseguro un producto retirado voluntariamente del mercado por su fabricante como consecuencia de una tasa de revisiones mayor a la esperada. (**STS de 1 de marzo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El fabricante de prótesis de cadera ASR retiró del mercado voluntariamente este producto tras recibir datos que demostraban que el sistema ASR tenía una mayor tasa de revisión de la esperada. Tanto el fabricante como la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios remitieron notas informativas a los centros sanitarios, que informaron, asimismo, a sus pacientes. La demandante, que llevaba una prótesis de este tipo, por indicación médica, fue sometida a una cirugía de revisión para sustituir la prótesis ASR. Tras ello, demandó al fabricante solicitando la condena al pago de una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de los defectos de la prótesis de cadera ASR (nueva operación, días de incapacidad, daños estéticos y morales, etc.). El fabricante se opuso alegando que la prótesis no era defectuosa y que no existía motivo clínico que justificara la operación. El juzgado desestimó la demanda al considerar que no había quedado probado que la prótesis implantada fuera defectuosa, pues se retiró del mercado voluntariamente. Recurrida la sentencia por la demandante, la Audiencia desestimó su recurso de apelación. Sin embargo, el Alto Tribunal sí estimó el recuso de casación interpuesto por la demandante. En concreto, porque la normativa de responsabilidad por daños por productos no se aplica solo para resarcir los daños producidos cuando se incumplen las normas de seguridad y calidad, o cuando no se hubieran realizado ensayos o inspecciones, sino también cuando los daños se originen por un producto que resulta inseguro a pesar de los controles previos. Así, el hecho de que se retiraran las prótesis voluntariamente reveló que, en la reali-

dad práctica, los riesgos de las prótesis resultaron mayores a lo previsto, al ser los supuestos de reacciones adversas entre los pacientes implantados superiores a los esperados, siendo así que las razones por las que se llevó a cabo la cirugía de revisión de la demandante no eran ajenas a los motivos por los que las prótesis se eliminaron del mercado. (A. A. O.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

28. Propiedad horizontal e impugnación de acuerdos por una instalación de evacuación de humos anclada a la fachada.—La Sala Primera del Tribunal Supremo determina la inexistencia de servidumbre en el elemento común de la fachada que suponga una modificación de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, conforme a los cuales se admite una instalación de evacuación de humos, cuando no afecte al forjado ni ocasione molestia o perjuicio constatable, en relación con la servidumbre de luces y el uso de los comuneros, y tras la información a los mismos. (**STS de 3 de marzo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Antonia y su esposo son propietarios de un local, dedicado a la actividad de hostelería, que se encuentra integrado en una Comunidad de Propietarios conformada de tres edificios. En junio de 2014, Antonia quería regularizar la licencia de actividad por caducidad, lo que exigía la realización, entre otras, de una obra de instalación de una chimenea de acero anclada a la fachada.

Antonia comunicó a los responsables de la comunidad de propietarios este hecho, y estos convocaron una Junta General Extraordinaria de Propietarios, que acordó no aprobar esta instalación con el voto en contra de todos los asistentes menos de Antonia, a quien se notificó el acuerdo.

Antonia procedió a la ejecución de las obras proyectadas, remitiendo toda la documentación a la Comunidad de Propietarios en octubre de 2014. Ante este hecho, se convocó otra Junta General Extraordinaria en la que se adoptó el acuerdo de iniciar acciones legales contra Antonia, a quien nuevamente se notificó el acuerdo.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, tras lo cual Antonia recurrió y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, declarando nulos los acuerdos adoptados en la Junta de Propietarios. Se consideró probado que la normativa municipal «obliga a instalar la chimenea» y «que el tubo de extracción de humos es la única solución técnica para que el local de negocios sea destinado a la actividad que libremente le ha asignado la propietario, que no implica coste alguno para el resto de los propietarios, no produce molestia o perjuicio que sea constatable».

NOTA.—De conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la instalación de la chimenea, con el consiguiente uso de la fachada, es una cuestión estructural al margen de la competencia y decisión de la Junta de Propietarios, y por tanto no requiere su autorización. Los estatutos autorizaban las instalaciones de evacuación de humos, la misma estaba anclada a la fachada

sin afectar al forjado, constando que no produce molestia y que no ocasiona perjuicios a la servidumbre de luces ni al uso de los comuneros. Finalmente, respecto de la presunta servidumbre en el elemento común de la fachada, reitera que es inexistente, y que solamente se precisaría el consentimiento de la comunidad de propietarios si afectasen a elementos comunes, aunque fue informada con anterioridad a su instalación. (C. A. C.)

DERECHO DE FAMILIA

29. Separación de bienes. Responsabilidad por deudas. Deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica.—La regla general en el régimen económico matrimonial de separación de bienes es que las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad, tal y como establece el artículo 1440.I CC. Sin embargo, y de manera excepcional, cuando uno de los cónyuges actúe en el ejercicio de la potestad doméstica y contraiga obligaciones para atender las necesidades ordinarias de la familia, el otro responderá de manera subsidiaria de su cumplimiento en virtud de la remisión del artículo 1440. II CC al artículo 1319.II CC.

Esta regla permite que, a pesar de la separación patrimonial, el tercero pueda exigir responsabilidad al cónyuge que no contrató ni generó la deuda contraída para satisfacer las necesidades ordinarias de la familia. La excepción a la regla de separación de responsabilidades se justifica por la comunidad de vida propia del matrimonio y beneficia a los acreedores al mismo tiempo que favorece el mayor crédito de los cónyuges para atender a las necesidades familiares.

Carga de la prueba. Para poder aplicar el párrafo 2.º del artículo 1440 CC es suficiente que el acreedor pruebe, al menos, una apariencia razonable del destino familiar o doméstico del gasto.—Será preciso, para que el acreedor pueda exigir responsabilidad al cónyuge con el que no contrató, si no la prueba cumplida del concreto uso o destino del gasto, lo que escapa a las posibilidades de conocimiento y prueba del tercero, sí al menos una apariencia razonable de su destino familiar y doméstico. Habitualmente ese destino resultará de la propia naturaleza de los bienes adquiridos o de los servicios contratados, pero no hay que negar que, en caso de necesidad, uno de los cónyuges recurra a un préstamo para obtener fondos para atender a las necesidades familiares. Lo que sucede es que, en tal caso, el acreedor que pretenda exigir responsabilidad al otro cónyuge deberá acreditar que los fondos prestados se destinaron a tal fin. (STS de 4 de febrero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm.a. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La sentencia se refiere a la responsabilidad por deudas en el régimen de separación de bienes, en un caso en el que la deuda ha sido contraída por uno solo de los cónyuges y el acreedor exige responsabilidad al no contratante alegando que la deuda se contrajo en el ejercicio de la potestad doméstica. La deuda deriva de un contrato de préstamo celebrado entre dos sujetos que mantenían relaciones comerciales en el que el prestatario estaba casado en régimen de separación de bienes. Dos años después del primer contrato, los contratantes suscriben un nuevo documento privado en el que manifiestan que el prestatario ha pagado parte de la deuda,

quedando pendiente del abono del resto. Al documento se añadió un párrafo en el que la mujer del prestatario reconocía que era conocedora de la deuda de su marido. El nuevo documento fue firmado por los tres intervinientes: el prestatario y su mujer y el prestamista. Ante la falta de pago, el prestamista presentó demanda contra el prestatario y su mujer en la que solicitaba que se les condenase solidariamente a la devolución de la cantidad adeudada más los intereses. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda presentada contra el marido prestatario y absolvió a su mujer. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el marido y estimando el recurso del demandante declaró la existencia de responsabilidad del cónyuge no contratante. En este sentido, la resolución dictada en apelación establece una responsabilidad solidaria respecto de los eventuales bienes comunes del matrimonio y una responsabilidad subsidiaria de la mujer. Ésta presentó recurso de casación alegando que no se había probado que la deuda reclamada era de naturaleza doméstica. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia resuelve un litigio sobre la responsabilidad por deudas en el régimen de separación de bienes. Para ello, aplica la doctrina del artículo 1440 CC, según el cual, en función de la naturaleza de la deuda contraída, de si tiene la finalidad o no de satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, la responsabilidad afectará sólo al cónyuge que la contrajo o también se extenderá al otro cónyuge no contratante. La importancia de la sentencia está en la doctrina que fija en relación a la prueba de la naturaleza del gasto. En el supuesto del litigio no existen indicios que permitan considerar que la deuda fue contraída en ejercicio de la potestad doméstica. Por eso, se revoca la sentencia de la Audiencia Provincial que resolvió en sentido contrario utilizando, entre otros argumentos, el de inversión de la carga de la prueba al considerar que dada la facilidad de demostrar el destino del dinero prestado incumbía a los cónyuges acreditar la finalidad del gasto. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, el carácter familiar de la deuda no se presume. Por el contrario, se exige que el acreedor demuestre si no la prueba cumplida del concreto uso o destino del gasto, lo que escapa a las posibilidades de conocimiento y prueba del tercero, sí al menos una apariencia razonable de su destino familiar y doméstico. Habitualmente ello podrá deducirse de la propia naturaleza de los bienes adquiridos o de los servicios contratados, lo que incluye también la obtención de los recursos necesarios mediante un préstamo. (C. O. M.)

30. Acción de divorcio. Competencia judicial internacional. Criterio de la residencia habitual.—La falta de competencia internacional puede ser denunciada por el demandado mediante declinatoria (arts. 39 y 63 LEC). En el caso, el demandado no utilizó este cauce, pero en la audiencia previa solicitó que se apreciara por el tribunal de oficio al amparo del artículo 416.II LEC. Sin embargo, en la contestación a la demanda presentada por la esposa, el mismo recurrente también solicitó que se decretara el divorcio. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles resulta con claridad a la vista

del elenco de foros alternativos previstos en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. El artículo 3 del Reglamento precisa que serán competentes los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o la residencia habitual del demandado, o en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión. Teniendo en cuenta, además, que este Reglamento no se aplica, entre otras materias, a las obligaciones de alimentos.

Competencia de los tribunales españoles en materia de pensión compensatoria. Inclusión de la pensión compensatoria en el concepto de obligación de alimentos.—Para la competencia de los tribunales españoles respecto de la pensión compensatoria se debe estar a lo previsto en el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligación de alimentos. Debiendo tenerse en cuenta que, a efectos de este Reglamento, la prestación compensatoria debe considerarse incluida en el concepto de «obligación de alimentos» derivada de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad. En efecto, la obligación de alimentos a que se refiere el Reglamento (CE) núm. 4/2009 debe interpretarse de una manera muy amplia, comprensiva de las prestaciones compensatorias o indemnizatorias entre «ex cónyuges» en la medida en que no tengan por objeto el reparto de los bienes ni sean una liquidación de bienes propia del régimen económico (SSTJUE de 6 de marzo de 1980, asunto 120/1979, De Cavel II; y 27 de febrero de 1997, asunto C-220/1995, Boogaard/Laumen).

En el presente caso, las partes no han convenido por escrito que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para resolver los conflictos de alimentos suscitados o que pudieran suscitarse entre ellos. En efecto, en el «contrato matrimonial» prenupcial otorgado en 1994, los cónyuges acordaron que su régimen económico matrimonial sería el de separación de bienes contenido en el Código civil francés, pero tal pacto nada tiene que ver con un convenio de elección del foro. Por tanto, en defecto de sumisión expresa o tácita, son aplicables las disposiciones generales contenidas en el artículo 3 del Reglamento (CE) núm. 4/2009 que prevé la competencia concurrente de los tribunales de los Estados miembros correspondientes a la residencia habitual del demandado, a la residencia habitual del acreedor de alimentos y a los competentes para conocer de una acción relativa al estado civil como es la de divorcio.

Competencia de los tribunales españoles para conocer de la reclamación de la compensación económica por el trabajo.— Este reglamento (CE) núm. 4/2009 no es aplicable sin embargo a la cantidad solicitada por la esposa como compensación económica para el trabajo, propia del régimen de separación de bienes. La cantidad solicitada como compensación económica para el trabajo tampoco está incluida en el citado Reglamento (CE) núm. 2201/2003. La competencia de los tribunales españoles para conocer de

la petición de la esposa de una compensación económica para el trabajo con arreglo al régimen de separación de bienes resultaría de lo dispuesto en el artículo 22 quáter c) LOPJ, que en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges atribuye competencia internacional a los tribunales españoles «cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, (...)».

El pacto sobre el régimen económico aplicable durante el matrimonio no determina la ley aplicable a la disolución del mismo.—El recurrente en ningún momento ha discutido ni tampoco impugna ahora que se decretara el divorcio con arreglo a la ley española, sino tan solo que se decidiera sobre la pensión compensatoria y la pensión por el trabajo conforme a dicha norma. Sin embargo, pacto otorgado por las partes antes de contraer matrimonio y conforme al cual su régimen económico matrimonial sería el de separación de bienes del Código civil francés no es elección de ley aplicable al divorcio ni tampoco consta otro acuerdo al respecto conforme a lo previsto en el artículo 7 del Reglamento (UE) núm. 1259/2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Tal como se dijo, la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determina conforme al Reglamento (CE) núm. 4/2009, cuyo art. 15 establece que «la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento». Y conforme a este Protocolo, las obligaciones alimenticias, ya sea respecto de los hijos (art. 3), ya entre cónyuges, excónyuges o entre personas cuyo matrimonio haya sido anulado (art. 5), se regirán por la ley del Estado de la última residencia habitual del acreedor o común de los interesados. Lo que supone aplicar la ley española y, en concreto, por establecerlo así el artículo 16.2, a) del Protocolo, la del derecho civil catalán. Ya que los cónyuges pactaron antes de contraer matrimonio el régimen económico matrimonial de separación de bienes regulado en el Código civil francés, pero ni en ese momento eligieron la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en caso de divorcio ni consta que en otro momento designaran la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en los términos previstos en los artículos 7 y 8 del Protocolo. **(STS de 17 de febrero de 2021;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—R. y J. A., de nacionalidad francesa, otorgaron en mayo de 1994 un *contrat de mariage* en el que pactaron que el matrimonio que proyectaban celebrar se sometería al régimen económico matrimonial de separación de bienes regulado en el Código civil francés. Un mes después contrajeron matrimonio en su país y tuvieron tres hijos en 1993, 1996 y 2001. En septiembre de 2016 la Sra. R. presentó demanda de divorcio ante los juzgados de Girona, ciudad a la que hacía años se habían trasladado y residían habitualmente, solicitando entre otras medidas la atribución de la guarda de la hija menor de edad, así como una pensión alimenticia de 3.000 euros mensuales para la hija y de 1.500 euros para el hijo conviviente. Igualmente solicitó la fijación de una pensión compensatoria de 8.000 euros mensuales y como pensión por razón del trabajo, del artículo 323-5 CC catalán, la cantidad de 6 millones de

euros. El esposo se opuso y solicitó la custodia de la hija menor, la atribución del uso de la vivienda familiar y la desestimación de la demanda de alimentos a favor del hijo mayor conviviente. Asimismo, pidió la desestimación del pago de la pensión compensatoria y de la indemnización por razón del trabajo solicitadas por la esposa. Es de destacar que, durante la tramitación del procedimiento, la actora y los hijos con que convivía trasladaron su residencia a Francia. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y estableció, en lo que nos interesa, una pensión alimenticia de 1.500 euros para cada hijo, aunque limitada a tres años para el mayor de edad. También dispuso el pago de la pensión compensatoria en la cuantía solicitada por la esposa. La Audiencia Provincial de Girona redujo el importe de los alimentos para los hijos y minoró la pensión compensatoria a la cantidad de 6.000 euros. J. A. interpuso recurso de casación alegando, de una parte, la incompetencia de los tribunales españoles para conocer del asunto y, de otra, que la fijación de una pensión compensatoria conforme al derecho catalán infringía el artículo 5 del Reglamento UE 1259/2010, que permitía a los cónyuges escoger la ley aplicable, lo que determinaría la aplicación del *contrat de mariage* suscrito en Francia en 1994. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (L. A. G. D.)

DERECHO DE SUCESIONES

31. Interpretación de la cláusula testamentaria referida a la obligación de cuidar y asistir al testador hasta su fallecimiento.—La introducción en un testamento de referencias a la asistencia y cuidado del testador admite una amplísima variedad de configuraciones. Es posible una institución de heredero, o legatario, a favor de persona indeterminada (a quien me cuide, al hijo que me cuide), o de persona determinada (quien me viene cuidando, o si me cuida, o con la obligación o la carga de que me cuide, o con la condición de que me cuide, etc.). También es posible establecer la precisión incluso del contenido de la asistencia, una eventual consideración de la atención afectiva como contenido del cuidado querido por el testador, en qué casos debe prestarse asistencia, cómo debe llevarse a cabo, quién controla su cumplimiento o las consecuencias de su incumplimiento, entre otros.

A la hora de enjuiciar la eficacia de la institución de heredero o legatario que no cuidó al testador, la interpretación debe fundamentarse en la voluntad real del testador y en los hechos probados, según los casos. Y ello puede ser o bajo la calificación de condición suspensiva potestativa de pasado, o bajo la calificación de institución modal o con obligación modal. La distinción entre ambas figuras no resulta sencilla porque, a la vista de la delimitación legal de ambas modalidades accesorias de la institución hereditaria, las referencias a la asistencia y cuidado del testador no son ni una cosa ni otra.

Por un lado, nos encontramos ante una condición suspensiva potestativa de pasado cuando la voluntad del testador fue supeditar la eficacia de la institución de heredero al cumplimiento de la «condición» de haberlo cuidado. En este caso, se puede hablar de «condición» solo en un modo impropio porque como el cuidado solo se puede prestar antes del fallecimiento del testador, no hay período de pendencia y el llamamiento será eficaz o ineficaz al abrirse la sucesión según se haya cumplido o no en vida del testador. De

ahí que se hable de condición de pasado. En cada caso, al analizar si la conducta del favorecido se ajusta a lo establecido por el testador, se ha de buscar dentro de la regulación legal el encaje preciso que garantice el respeto a la verdadera voluntad del causante.

De esta forma, por ejemplo, no ha de apreciarse incumplimiento por parte del instituido heredero que no conocía la condición de cuidar al testador. Tampoco en aquellos casos en los que el supuesto de hecho previsto era la existencia de necesidad de cuidado en el testador, y no la hubo. Ni tampoco cuando el demandante, que se vería beneficiado por la ineficacia, impidió el cumplimiento por parte del instituido heredero (tomando la decisión de ingresar en una residencia al testador).

Por otro lado, nos encontramos ante una institución con obligación modal cuando la interpretación del testamento permite concluir que la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la institución es que el llamado como heredero cuide y asista al testador hasta su fallecimiento. En estos casos, si el instituido no cuidó ni asistió directamente, pero sí lo hizo en los términos más análogos y conformes con la voluntad del testador (preocupándose por él, directa o indirectamente), no ha de declararse la ineficacia de la institución. Por el contrario, si el instituido no cuidó ni asistió en ningún término, ha de declararse la ineficacia (por ejemplo, cuando la instituida heredera, con cabal conocimiento de la disposición testamentaria, que se refería al cuidado hasta el fallecimiento de la testadora, no tuvo reparo en suscribir un documento de liquidación de los gastos ocasionados durante el tiempo que prestó la asistencia). (**STS de 3 de marzo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Donato, Blas y María, hermanos entre sí, interponen demanda de juicio ordinario contra Cecilio y Celia, cónyuges entre sí, solicitando la nulidad del testamento otorgado ante notario por Beltrán, tío de los demandantes, en favor de Cecilio y Celia. La demanda se fundamenta en la nulidad de la institución de herederos hecha a favor de Cecilio y Celia, al no haber cumplido estos la condición impuesta por Beltrán, respecto de la obligación de atender a su cuidado y a su asistencia hasta su fallecimiento. Beltrán no comunicó a nadie quiénes eran sus herederos, ni la condición impuesta. La demanda es desestimada, porque Cecilio y Celia no conocieron la condición, ni hubo situación de necesidad ni abandono, por lo que no tuvieron ocasión de cumplirla (al ser una condición potestativa de pasado) y, en consecuencia, no se puede apreciar incumplimiento.

Donato, Blas y María recurren en apelación. El recurso es desestimado, porque la Audiencia entiende que nos hallamos ante una carga modal (y no ante una designación de heredero bajo condición), carga que desconocían los instituidos herederos, cuyo incumplimiento no afecta a su designación porque no existía vinculación del nombramiento al cumplimiento.

La sentencia es recurrida en casación. Entienden los recurrentes que la cláusula testamentaria referida era una condición suspensiva, y no se cumplió. El recurso es desestimado. (*T. R. C.*)

32. Impugnación de la aceptación tácita de la herencia por error, al haber descubierto el aceptante una obligación de importe muy superior a los bienes hereditarios.—Es esencial, determinante y excusable el error en que incurre el heredero que, desconociendo un reconocimiento de deuda de su causante (por un valor muy superior a los bienes hereditarios), acepta tácitamente la herencia. Así, de no apreciarse el error determinante de su aceptación tácita, vendría obligado a pagar, más allá del valor de los bienes de la herencia, y con sus propios bienes, una deuda que, como deuda exigible, nació del reconocimiento voluntario por parte de la causante quien, al mismo tiempo que la dotaba de eficacia mediante el reconocimiento —por no ser hasta entonces jurídicamente exigible— previó que se pagara con el dinero efectivo que existiera en el caudal a su fallecimiento, y, de no ser suficiente, con el importe del valor obtenido en la venta del piso de su propiedad. Este error, efectivamente, esencial, determinante y excusable, da lugar a acción para impugnar la aceptación (arts. 997 y 1265 CC).

Cómputo del plazo para impugnar la aceptación tácita de la herencia por error y consumación e la aceptación.—Partiendo del error como invalidante, por lo que se refiere al plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción que resulta del artículo 1301 CC, es preciso adaptar su aplicación a la impugnación de un acto unilateral en el que, a diferencia de los contratos a que se refiere el precepto, no hay consumación entendida como cumplimiento de las prestaciones de las partes. El plazo solo puede comenzar a correr en el momento en que quedó determinada la composición del caudal, lo que en el caso que nos ocupa, solo tuvo lugar en el momento en que adquirió firmeza la sentencia dictada en el proceso en que se hizo valer, en perjuicio del aceptante, el reconocimiento de deuda de la causante. No es correcta, por tanto, la interpretación de la sentencia de apelación, que consideró como *dies a quo* el momento en el que se notificó la demanda.

La personación del heredero en el procedimiento, dirigido inicialmente contra la herencia yacente y herederos ignorados, no supone, *per se*, la aceptación tácita de la herencia.—Con carácter general, una contestación a la demanda por parte del llamado a una herencia, por sí misma, puede tener el valor de aceptación. Ahora bien, si el plazo para la impugnación de la aceptación por error —en el presente caso— no comenzaba a correr hasta la firmeza de la sentencia dictada en el procedimiento en que se hacía valer el reconocimiento de deuda, sería paradójico considerar que, al oponerse al reconocimiento de la obligación reclamada contra el, el instituido como heredero estuviera convalidando su error, cuando lo que motivó el error es, justamente, la exigibilidad de la deuda que se discutía en el procedimiento en que se persona. (**STS de 15 de marzo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Tras haber aceptado Leovigildo la herencia de Rosario, sobreviene un documento otorgado por la causante en el que, para dar cumplimiento a la voluntad de su difunto esposo, reconocía el derecho de unos sobrinos políticos (Melchor y María), a cobrar, a su fallecimiento, el valor de mercado de unas fincas que en 1985 había recibido de su marido (Jesús Luis) como usufructuaria con facultad de disposición y que, haciendo uso de tal facultad, había vendido en 1989. Para hacer valer su derecho, Melchor y María interponen en junio de 2010 demanda de juicio ordinario contra la herencia yacente e ignorados herederos de Rosario. Recla-

maban en la demanda el crédito que nacía a su favor, de la voluntad del difunto esposo de Rosario, manifestada en testamento. El 5 de octubre de 2010 se personó Leovigildo en tal procedimiento y se opuso por diversos motivos. En julio de 2011 el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda de Melchor y María y condenando a Leovigildo a pagar la suma en que se periten judicialmente las fincas, confirmada en julio de 2013 por la Audiencia Provincial, que en 2014 se cifró en 900.000 euros.

En septiembre de 2015 Leovigildo interpuso demanda de juicio ordinario contra Melchor y Mariola, solicitando que: 1) se declare: a) la nulidad de la aceptación tácita de la herencia de Rosario, realizada por él; b) la nulidad de todos los actos de disposición realizados por Leovigildo en relación con los bienes hereditarios; c) la nulidad e ineficacia de la obligación de pago de los 900.000 euros más lo presupuestado en costas e intereses (270.000 €). En abril de 2017 la demanda fue parcialmente estimada, declarándose la nulidad de la aceptación tácita, también de la totalidad de actos de disposición realizados por Leovigildo en relación con los bienes de Rosario (siempre que no afecten a terceros), y de la obligación de pago derivada del procedimiento anterior de 2011. Posteriormente, el recurso de apelación interpuesto por Melchor y Mariola fue estimado y, en consecuencia, fue revocada la estimación parcial de la demanda de Leovigildo en primera instancia. Finalmente, Leovigildo interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, admitiéndose solo este último.

El Tribunal Supremo difiere del parecer del Juzgado de Primera Instancia –confirmado por la Audiencia– y sostiene que el error padecido por Leovigildo era efectivamente invalidante y que, por otro lado, el cómputo del plazo para ejercitar la acción de impugnación de la aceptación de la herencia debía comenzar cuando el causal hereditario quedara definitivamente fijado.

NOTA.–Véase el artículo 461-10.1 CC catalán, que regula expresamente el error como causa de impugnación de la aceptación y repudiación de la herencia, «si, con posterioridad, aparecen otras disposiciones de última voluntad que eran desconocidas y que alteran sustancialmente el contenido del título sucesorio aceptado o repudiado». Del mismo modo, una regla interesante –por su especificidad– contiene el §1954.II BGB, que establece como momento de inicio del cómputo del plazo para impugnar la aceptación o repudiación de la herencia aquel en el que el llamado tuvo conocimiento de la causa de impugnación (en nuestro caso, error sobre el contenido o características de la herencia). Y finalmente, un supuesto prácticamente idéntico resolvió el Auto del *Oberlandesgericht Köln*, de 15 de mayo de 2017, confirmando que, efectivamente, la existencia de deudas por valor superior al de la herencia justifica la impugnación de la aceptación, con base en el § 119.II BGB. (*B. B. M.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Román en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo, con su corres-

pondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía, que sí se incluye en el sumario, pero que no se enumera.

Si en el cuerpo del texto del trabajo se citan los apellidos de un autor o una autora, se hará en redondo y caja baja.

Las *referencias bibliográficas* se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la *bibliografía final del trabajo*:

— Libro: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.

— Capítulo de libro: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pp. 9-19.

— Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las *referencias bibliográficas en nota a pie de página*, solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es libro o capítulo de libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.).

En las mismas notas a pie de página, y también en el cuerpo del texto, las locuciones latinas *vid, supra, cfr, ibídem*, etc. deberán aparecer en cursiva.

En cuanto a *abreviaturas*: la de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad («artículo»); cuando proceda abreviar la mención del Código civil, procederá realizarla de la siguiente manera: «CC»; cuando proceda abreviar la mención a la Constitución española, procederá realizarla de la siguiente manera: «CE»; y cuando proceda abreviar la mención a la Ley de enjuiciamiento civil procederá realizarla de la siguiente manera: «LEC».

En relación con las *sentencias del Tribunal Supremo o de otro Tribunal*, que en el trabajo se citen, ha de indicarse la oportuna referencia de localización y el ponente de la sentencia. Para *otros tipos de resoluciones jurídicas* también ha de indicarse la oportuna referencia de localización.

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

— Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.

— Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.

— Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.