

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

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

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTIZ** (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Profesor Titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **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), **José 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), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor asociado de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Condiciones generales de la contratación. Control de abusividad de una cláusula relativa a elementos esenciales del contrato: Solo cabe si no es transparente (art. 4.2 de la Directiva 93/13).–Transparencia que

supone que esas cláusulas no solo han de ser gramaticalmente comprensibles y estar redactadas en caracteres legibles, sino que además deben permitir al consumidor hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que su inclusión le supondrá (SSTS 138/2015, de 24 de marzo, y 222/2015, de 29 de abril).

La doctrina del abuso de derecho: Fundamento.—Esta doctrina se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) (SSTS 567/2012, de 26 de septiembre, 20/2006, de 1 de febrero, y 383/2005, de 18 de mayo).

Presupuestos para la apreciación de abuso de derecho.—Para apreciar el abuso de derecho se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con *animus nocendi*), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) (SSTS 455/2001, de 16 de mayo, y 722/2010, de 10 de noviembre), ya que, en otro caso, rige la *regla qui iure suo utitur neminem laedit* (quien ejerce su derecho no daña a nadie) (STS 690/2012, de 21 de noviembre).

Abuso de derecho y daño derivado del ejercicio de un derecho estatutario.—Cuando el daño deriva del ejercicio de un derecho estatutario, el abuso de derecho puede invocarse más que para instar una indemnización, para privar de legitimación a quien ejercita de forma abusiva su derecho y evitar así el perjuicio. Lo cual no deja de ser una manera de, en ese caso, dar cumplimiento a la previsión general del artículo 7.2 CC: *La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo* (STS 159/2014, de 3 de abril). **(STS de 6 de marzo de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Una empresa que gestionaba apuestas por internet relacionadas con eventos deportivos, tiene un mercado denominado *línea de gol*, en el que se hacen apuestas sobre el número de goles que se marcarán en cada encuentro de fútbol, con independencia del equipo que los marca.

Entre las 15:36 horas del día 4 y las 14:45 horas del día 8 de diciembre de 2014, Juan realizó 78 apuestas, por un importe total de 684,38 €. En todas ellas apostaba que se marcaría al menos un gol. Por las apuestas realizadas ganó 2.773.164 €.

La empresa 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 Juan.

Juan demandó a la empresa solicitando el cumplimiento del contrato de apuesta y, en consecuencia, el abono del importe que le correspondía (2.773.164 €) por haber ganado las apuestas. Quedó

demostrado que el actor se percató enseguida del error de cálculo realizado por la empresa, que de alguna manera desvirtuaba la aleatoriedad del contrato y le aseguraba el acierto, realizando por ello Juan un número de apuestas totalmente desproporcionado.

El juzgado desestimó la demanda. La audiencia estimó el recurso planteado por el actor, al considerar abusivas dos de las condiciones generales incluidas por la empresa en el contrato. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa demandada. (*I. D.-L.*)

2. Propiedad horizontal. Prescripción de la acción para exigir el pago de cuotas de comunidad impagadas.—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo el plazo de prescripción de las deudas relativas a las cuotas de comunidad es de cinco años de conformidad con el artículo 1966.3 CC y no de quince años (actualmente, cinco años) como resultaría del artículo 1964.2 CC. (**STS de 3 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios formuló demanda de juicio ordinario contra A. en reclamación de 8 229,51 euros por cuotas de comunidad impagadas. El demandado se opuso y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Puerto de Santa María dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados a satisfacer a la demandante la cantidad de 5.682,22 euros, correspondiente a la deuda acumulada de los cinco años anteriores a la interposición de la demanda, al entender que respecto de las cuotas anteriores había prescrito la acción para exigir su pago por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1966.3 CC. Con todo, recurrida dicha sentencia en apelación por la comunidad de propietarios, la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.^a) dictó sentencia por la que estimó el recurso al considerar que el plazo de prescripción aplicable era el de quince años del artículo 1964 CC. Así las cosas, los demandados recurrieron en casación alegando la existencia de interés casacional por contradicción entre la doctrina seguida al respecto por las distintas audiencias provinciales.

Por su parte, la Sala Primera del Tribunal Supremo declaró que resultaba aplicable a este supuesto el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 1966.3 CC, referido a las acciones ordenadas a exigir pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves, puesto que la obligación de contribución de los comuneros a los gastos comunes establecida en el artículo 9.1.e) LPH resulta plenamente subsumible en el supuesto contemplado en dicho artículo 1966.3 CC, sin que el hecho de tratarse de una obligación prevista en la propia ley haya de determinar la aplicación de un plazo distinto de prescripción. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo razonó que el artículo 1966.3 CC está inspirado en el *favor debitoris*, pues a través de él se pretende impedir que los deudores se vean perjudicados mediante una continua y sucesiva acumulación que puede conducirlos a la ruina, resultando incomprensible que la comunidad hubiera dejado transcurrir tan largo período de tiempo para exigir el pago. (*A. A. O.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Derecho al honor. No es necesaria la divulgación del hecho para que se produzca intromisión ilegítima en el derecho al honor.—En la sentencia 584/2011, de 20 de julio, declaramos: «El artículo 7.7 LPDH en su redacción anterior a la reforma operada por la disposición final 4.^a de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, utilizaba el término «divulgación» en su redacción: «La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena». Tras la citada reforma se considera intromisión ilegítima «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». Con esta reforma, el legislador amplió los supuestos en los que se produce vulneración del derecho al honor de las personas, con la intencionada supresión del requisito de la divulgación, sin que sea necesario el mismo para la comisión de la intromisión ilegítima.

«Por otra parte, ya no es precisa la divulgación del hecho para que se produzca la intromisión ilegítima en el derecho al honor, pues la divulgación será un elemento más que debe tenerse en cuenta en la ponderación siempre que se haya producido la intromisión en el derecho fundamental al honor. En recientes sentencias, se ha partido de la base de que ya no es precisa la divulgación de la imputación de hechos o de la manifestación de juicios de valor relativos a una persona para que pueda producirse un ataque a su derecho al honor cuando dichas expresiones o acciones puedan menoscabar su dignidad, su propia estimación o su fama (SSTS de 3 de junio de 2009 (RC n.º 1389/2006) y 1 de febrero de 2011 (RC n.º 2186/2008))».

En sentencias posteriores hemos afirmado que no es preciso que haya existido una efectiva divulgación de la información afrentosa para que se haya vulnerado el derecho al honor del afectado y se le hayan causado daños morales, puesto que en el derecho al honor ha de distinguirse el aspecto inmanente, relativo a la propia estimación del afectado, del trascendente, relativo a la estimación que los demás tengan de uno mismo. Y la ausencia de divulgación afecta a este segundo aspecto, pero no al primero. (**STS de 12 de marzo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—En el caso de la sentencia que nos ocupa, la intromisión ilegítima en el derecho al honor consiste en la imputación de unos hechos delictivos graves a través de mensajes de texto enviados directamente al teléfono del afectado y, posteriormente, mediante correos electrónicos dirigidos a una cuenta común a la que tenían acceso los miembros de una asociación a la que pertenecía el demandante. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda de protección al honor y condenaron al autor de las imputaciones a pagar una indemnización de 7.000 euros. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (*C. O. M.*)

4. Uso de fotografías por los medios de comunicación.—El derecho a la propia imagen consiste en el derecho a determinar la información gráfica

generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde. Además, el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental autónomo respecto de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar. Esto implica que si la publicación de la imagen de una persona afecta a su derecho a la propia imagen pero también a su derecho al honor o a su derecho a la intimidad, el desvalor de la conducta enjuiciada aumenta, a medida que vulnere más de uno de estos derechos.

Respecto a la utilización de la imagen de una persona obtenida de las redes sociales, el Alto Tribunal ha afirmado que el consentimiento del titular de la imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en una red social, no conlleva la autorización para hacer uso de la misma, publicándola o divulgándola de una forma distinta, pues no constituye el consentimiento expreso que exige la ley. Cuando una persona publica una fotografía en una red social de una manera abierta, lo hace con la finalidad de comunicarse con terceros, dando a estos la posibilidad de tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular. En ningún caso supone que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación.

Los usos sociales legítimos de internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes previamente publicadas en la red, bien retuiteando el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un link o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen, conforme al artículo 2.1 LOPDH. Ahora bien, la libertad de información no justifica la publicación, sin consentimiento expreso del afectado, de una fotografía obtenida de su red social, pues esta no tiene la consideración de lugar abierto al público, a efectos de aplicar el artículo 8.2.a) LOPDH. El hecho de que pueda accederse libremente a las fotografías de esa red social no constituye el consentimiento expreso que prevé el artículo 2.2 LOPDH como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona. (**STS de 29 de mayo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En la edición *online* correspondiente al 7 de diciembre de 2016, la revista EJ publicó, en tono satírico, una noticia relativa al nivel educativo de los estudiantes españoles, cuya información iba ilustrada con una fotografía del interior de un aula, en la que, además de los estudiantes de espaldas, resultaba plenamente identificable el profesor, que aparecía junto a la pizarra, en ademán habitual para impartir una clase. La fotografía en cuestión había sido obtenida de la edición digital del diario S, bajo un enlace, y había sido retocada a fin de sustituir en la pizarra el original «Bienvenidos» por «Bienbenidos». El demandante (H, el profesor que aparecía en la fotografía) alegó que había sido ajeno al uso de su imagen y se ha visto expuesto al público sin su consentimiento expreso, al haberse alterado de forma unilateral y grosera la fotografía original para apoyar un titular con que ilustrar una de sus

sátiras. Argumenta el actor que EJ lo ha convertido en inopinado protagonista, con lo que lo ha sometido a un escarnio público.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. Tras realizar el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, concluyó que: 1) el artículo tenía como base una información de interés general; 2) es innegable el tono satírico y ácido del texto y de la fotografía retocada. En la noticia, se crea un claro contexto de ficción en el que se exageran las consecuencias negativas de las políticas que en el mismo se critican, entendiéndose que cualquier lector puede deducir que dicha fotografía había sido manipulada con la finalidad indicada. Ni en la fotografía ni en el texto del artículo se identifica con su nombre y apellidos al actor ni tampoco se hace escarnio del mismo, pues con la simple lectura del texto puede comprobarse que no se hace ninguna referencia personal o profesional de H. Tampoco se ha cometido infracción alguna por el hecho de utilizar la fotografía citada, en tanto que su acceso era público y libre a través de Internet, por estar publicada digitalmente.

H interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. Consideró que la actuación llevada a cabo por los demandados es constitutiva de intromisión ilegítima, siquiera sea de carácter leve, en el derecho al honor, en su vertiente de derecho al prestigio profesional, y el derecho a la propia imagen. La utilización de la imagen de H, en quien no concurre la condición de persona pública, además de no contar con su preceptivo consentimiento, se realiza en unas condiciones (manipulación para resaltar una falta de ortografía) que, de forma gratuita e innecesaria, ponen en entredicho la recta profesionalidad del demandante, en su condición de profesor. Según la Audiencia, una adecuada proporcionalidad de la utilización de la imagen del actor tendría que haber llevado a los demandados a manipular la fotografía para evitar que el profesor fuera identificado, lo que habría evitado el detrimento del prestigio profesional de este, sin restar un ápice a la función atribuida a la fotografía en el contexto de la publicación.

Los demandados recurrieron la sentencia en casación, alegando, en primer lugar, la infracción del artículo 20.1.a) CE, en relación con el artículo 18 CE, y el artículo 8.2.b) LOPDH, en el necesario juicio de ponderación. Según el Alto Tribunal, es cierto que la fotografía del actor, impartiendo docencia en el centro público en el que trabaja como profesor, publicada en Internet, no fue captada de una cuenta abierta por aquel en una red social, sino directamente de un diario digital, cuya fotografía puede ser contemplada por cualquier usuario de la red. Ahora bien, tal circunstancia no significa que no quepa apreciar una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, pues no se limita el artículo publicado a difundir la imagen del actor obtenida sin su consentimiento de otro medio de comunicación social, sino que, además, se manipula *ad hoc* para ilustrar una información crítica, en tono de sorna, sobre nuestro sistema educativo, que si bien abstractamente considerada es perfectamente legítima, desde el punto de vista de los derechos de la libertad de información y expresión, sin embargo, incorpora unos elementos peyorativos ridiculizantes del actor, que no es persona pública, directamente conectados con su actividad profesional.

El actor autorizó su fotografía para ilustrar una información previa sobre la apertura del centro docente en el que trabajaba, tras las obras a las que fue sometido, pero de dicha autorización no se extiende a la proyección de su imagen en el contexto de la revista EJ. El demandante no era el sujeto de la noticia, que no se refería a su persona, ni a una actuación suya merecedora de crítica social, ni se trata de un personaje público. El Tribunal Supremo entiende que no concurren aquí las condiciones establecidas en el artículo 8.2.a) LOPDH para la exoneración de la necesidad de consentimiento. Tampoco concurren los requisitos del artículo 8.2.b) LOPDH, pues en este caso no se trata de la difusión de un dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto del demandante. Por tanto, la publicación de la foto litigiosa no era necesaria para asegurar una información libre en un estado democrático. Carece del más mínimo interés para la finalidad propia de la inserción de la misma como soporte gráfico del artículo periodístico, reiterándose su carácter gratuito e innecesario.

Por otro lado, se alega la infracción del artículo 20.1.a) CE, en relación con el artículo 18 CE, y los artículos 2.1, 7.5 y 7.7. LOPDH. Según el Alto Tribunal, no es el texto de la noticia la que implica la lesión del derecho fundamental al honor del actor, sino su apreciación conjunta con la totalidad de la información, que se encuentra ilustrada con esa fotografía. Por tanto, no se consideran lesionados los artículos 7.5 y 7.7 LOPDH. Por otro lado, explica el Tribunal Supremo que no nos hallamos tampoco ante un titular periodístico, sino ante la emisión in consentida de la imagen del actor, en un contexto manipulado, que se considera objetivamente molesto para el demandante, en tanto en cuanto viene a poner en entredicho su profesionalidad y capacidad para impartir docencia, y que tampoco es consecuencia de una actuación previa suya merecedora de reproche o crítica social. La fotografía no ocupa un espacio accesorio de la noticia, sino de importancia y extensión similar al texto escrito. La manipulación satírica de la fotografía obedece en este caso concreto a intenciones que no gozan de relevancia constitucional suficiente. Por todo ello, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso.

NOTA.—El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han pronunciado en infinidad de veces en relación con la colisión entre la libertad de expresión e información y el derecho fundamental a la propia imagen. Algunos de los temas tratados son: 1) el juicio de ponderación entre la libertad de expresión y de información y otros derechos fundamentales, y la prevalencia de aquellas cuando son ejercitadas por profesionales de la información (SSTC 29/2009, 9/2007 y 105/1990); 2) la supremacía del derecho a la propia imagen sobre la libertad de expresión e información (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, 121/2002, de 20 de mayo, 18/2015, de 16 de febrero, y SSTC de 19 de diciembre y 24 de septiembre de 2019); 3) el contenido del derecho a la propia imagen (SSTC 23/2010, de 27 de abril, 12/2012, 19/2014, de 20 de febrero y 25/2019, de 25 de febrero, y SSTC de 20 de julio de 2018, 24 de septiembre y 19 de diciembre de 2019); 4) la independencia del derecho a la propia imagen respecto de los derechos al honor y a la intimidad (SSTC de 22 de febrero de 2006, 9 de junio de 2009, 22 de

enero de 2014 y 15 de septiembre de 2015); 5) el uso de la imagen de una persona obtenida de las redes sociales (SSTS de 19 de diciembre de 2019, 20 de julio de 2018 y 15 de febrero de 2017); 6) el requisito de que el titular del derecho a la propia imagen no quede identificado o pueda serlo (SSTS de 19 de julio de 2004, 31 de mayo de 2010 y 15 de septiembre de 2015); 7) la manipulación satírica de una fotografía (STC 23/2012, de 27 de abril, y STS de 14 de septiembre de 2016). (S. L. M.)

5. Conflicto entre el derecho al honor y libertad de expresión. Criterios de ponderación entre ambos derechos. Preeminencia de la libertad de expresión siempre que concurren los requisitos de interés general o relevancia pública y proporcionalidad de la opinión expresada.—Para que no se revierta la preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de expresión sobre el derecho al honor es preciso que concurren dos presupuestos, consistentes en el interés general o la relevancia pública de la opinión expresada, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas, y en la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones, pues se proscribiera el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias o que no guarden relación o no resulten necesarias para transmitir la idea crítica (por ejemplo, SSTC 58/2018 y 133/2018, y sentencias de esta SSTS 488/2017, de 11 de septiembre, 92/2018, de 19 de febrero, 338/2018, de 6 de junio, 620/2018, de 8 de noviembre, todas ellas citadas por la más reciente sentencia 429/2019, de 16 de julio).

Doctrina jurisprudencial acerca del juicio de proporcionalidad cuando las expresiones se han vertido en el ámbito o contexto de la crítica política: prevalencia de la libertad de expresión respecto al derecho al honor.—Acerca del juicio de proporcionalidad la jurisprudencia considera que para analizar la entidad lesiva de las palabras o expresiones hay que prescindir de su valoración aislada, de su significado gramatical, y estar al contexto en que fueron proferidas, y admite que se refuerce la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda o conflicto, tanto de naturaleza política —como es el caso— cuanto laboral, sindical, deportivo, procesal y otros (por ejemplo, SSTS 450/2017, de 13 de julio, 92/2018, de 19 de febrero, 338/2018, de 6 de junio, y 102/2019, de 18 de febrero). En atención a esto, al mayor ámbito de crítica que corresponde a los políticos (sentencia 551/2017, de 11 de octubre, con cita de las SSTEDH de 26 de abril de 1992, 7 de noviembre de 2006, 8 de julio de 2008 y 15 de julio de 2010) y al máximo nivel de eficacia justificadora del ejercicio de la libertad de expresión frente al derecho al honor cuando los titulares de este son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública (SSTC 107/1988, 110/2000, y 79/2014), esta Sala ha negado entidad lesiva, por su contexto, a expresiones —incluso aparentemente más graves que las aquí controvertidas— valorándolas como meros excesos verbales por más que, aisladamente consideradas, sí pudieran tenerse en el concepto público por ofensivas. Asimismo, «[...] la doctrina del TEDH (sentencias de 15 de marzo de 2011, caso Otegui Mondragón contra España, y 13 de marzo de 2018, caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España) asigna a la libertad de expresión en el debate sobre cuestiones de interés público una relevancia máxima, correlativa al margen de apreciación especialmente limitado de las autoridades para sancionar, de tal forma

que las excepciones a la libertad de expresión requieren de una interpretación restrictiva, constituyendo por ello su único límite que no se incite ni a la violencia ni al odio».

Doctrina jurisprudencial sobre la utilización del término «pelotazo» en el ámbito de la crítica política: expresión común o habitual en este tipo de manifestaciones que no constituyen intromisión ilegítima en el derecho al honor.—En lo que ahora interesa debe señalarse que la existencia de un contexto de contienda o crítica política ha llevado a esta Sala en varias ocasiones a no apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el honor por el empleo del término «pelotazo». Así, la STS 590/2004, de 17 de junio, en un conflicto entre honor y libertades de información y de expresión ejercidas en un contexto de contienda política y en referencia a un tema de interés general en la localidad en que se produjo, concluyó que en el término «pelotazo» no podía analizarse atendiendo a su significación aislada sino en ese contexto, con la consecuencia de que «no se entiende que «pelotazo» en el presente caso y atendidas todas las circunstancias anteriores, implique expresión insultante, vejatoria o difamatoria». Igualmente, la STS 822/2008, de 25 de septiembre, en un conflicto con ocasión de las manifestaciones realizadas por en televisión por un periodista y por una concejal denunciando la ilicitud de un convenio urbanístico municipal celebrado con una sociedad mercantil, afirmó lo siguiente: «La expresión «pelotazo» en relación con los hechos no está fuera de lugar; es una calificación que, si bien implica un desdoro, está relacionada con la noticia y no es desproporcionada con su contenido. Es una expresión utilizada muy comúnmente para indicar «un enriquecimiento fácil y rápido mediante operaciones puramente especulativas» (Diccionario María Moliner), y si bien es cierto que «frecuentemente se utiliza con intención despectiva aludiendo a la poca limpieza» (Diccionario M. Seco.), en el caso no añade nada ultrajante o vejatorio, ni de mayor descrédito, que el que pueda resultar de los propios hechos objeto de la información».

Por su parte, la STS 791/2011, de 11 de noviembre, en un caso como este, también relacionado con temas urbanísticos y en el que igualmente se cuestionaba en casación la valoración realizada por la Audiencia del empleo del término «pelotazo», adujo: «Tampoco el término «pelotazo» puede considerarse desproporcionado con la opinión que se está manifestando. Como ya señaló la STS de 25 de septiembre de 2008 (RC núm. 2378/2002), «es una expresión utilizada muy comúnmente para indicar un –enriquecimiento fácil y rápido mediante operaciones puramente especulativas– (Diccionario María Moliner), y si bien es cierto que –frecuentemente se utiliza con intención despectiva aludiendo a la poca limpieza– (Diccionario M. Seco), en el caso no añade nada ultrajante o vejatorio, ni de mayor descrédito, que el que pueda resultar de los propios hechos objeto de información». En el caso aquí enjuiciado se está valorando la conducta de los demandantes, dedicados al sector urbanístico y competidores de la demandada, como de intento de dar un pelotazo mediante la obtención de unos beneficios superiores para alcanzar un acuerdo o «paz social». Son expresiones e imputaciones excesivamente genéricas para considerarlas vejatorias y revertir el juicio de prevalencia de los derechos antes señalados» (STS de 6 de marzo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Una empresa privada dedicada a la promoción inmobiliaria demandó a una alcaldesa por unas declaraciones en las que, refiriéndose a un proyecto urbanístico en la que aquella inter-

venía, utilizó el término de «pelotazo urbanístico» o «pelotazo especulativo». Las expresiones se vertieron varias veces, con ocasión de la celebración de ruedas de prensa, comparecencias parlamentarias o entrevistas periodísticas, en un contexto de debate público acerca de la conveniencia del citado proyecto para el municipio. El gobierno autonómico, de signo político contrario al partido de la regidora, lo había aprobado, pese a la oposición de la mayoría municipal que sustentaba a la alcaldesa. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la existencia de intromisión ilegítima del derecho al honor. La Audiencia Provincial revocó la sentencia absolvió a la demandada. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (C. O. M.)

6. Posible consideración como española de origen de una persona nacida de padres españoles en el Sahara Occidental antes de 1976.—A efectos del artículo 17.1.c) CC, el Sahara Occidental no formaba parte de España antes de 1976.

El camino más seguro para llegar a la interpretación más correcta sobre los términos «territorio español», «territorio nacional» y «España» es atenerse a la normativa española más específica sobre la materia, constituida por la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara, y el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara.

Mediante el artículo único de dicha Ley se autorizaba al gobierno «para que realice los actos y adopte las medidas que sean precisas para llevar a cabo la descolonización del territorio no autónomo del Sahara, salvaguardando los intereses españoles», y su preámbulo, tras constatar que el territorio no autónomo del Sáhara había estado sometido en ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial, declaraba rotundamente que el Sáhara «nunca ha formado parte del territorio nacional».

El RD 2258/1976, por su parte, arbitraba el sistema para que los naturales del Sahara que cumplieran determinados requisitos pudieran optar por la nacionalidad española en el plazo máximo de un año.

En consecuencia, lo indiscutible es que se reconoce la condición colonial del Sahara —algo por demás difícilmente cuestionable incluso durante la etapa de «provincialización»— y que, por tanto, el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en el artículo 17.1.c) CC. En otras palabras, no son nacidos en España quienes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española. (**STS de 29 de mayo de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Gloria solicita la declaración de su nacionalidad española con valor de simple presunción por haber nacido en territorio del Sahara Occidental antes de 1976, ser hija de españoles y carecer de nacionalidad alguna. Su petición es denegada.

Contra tal resolución, Gloria interpone recurso ante la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN; en la actualidad, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), alegando que era prácticamente imposible para cualquier saharauí, en las condiciones de aquel momento, ejercer el derecho de opción

contemplado en el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara, y mucho más difícil todavía probar actualmente que no se pudo ejercitar dicha opción. La DGRN desestima el recurso.

Gloria interpone demanda contra la DGRN, solicitando se declare su nacionalidad de origen desde la fecha de su nacimiento. La sentencia de primera instancia desestima la demanda.

Gloria recurre en apelación. El recurso es estimado, por lo que se declara la nacionalidad española de origen de Gloria desde su fecha de nacimiento.

La DGRN interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional. El primer recurso es desestimado; el segundo, estimado, por entender que el Sahara Occidental tan solo fue una colonia y, por tanto, no son nacidos en España los nacidos en el Sahara.

NOTA.—La sentencia cuenta con un extenso voto particular de la Excm. Sra. M.^a Ángeles Parra Lucán, al que se adhieren los Excm. Sres. Antonio Salas Carceller y Rafael Sarazá Jimena. Se afirma que el resultado práctico de la aplicación del Real Decreto 2258/1976 sería la privación de la nacionalidad española a quienes eran españoles, tal y como quedaba acreditado, entre otros, por la documentación española que poseían (dado que su expedición a la población saharauí que lo solicitaba se basaba, precisamente, en el reconocimiento por el Estado de su condición personal, de acuerdo con una política de asimilación), por la garantía de su derecho de representación en Cortes, su participación en el referéndum sobre la Ley Orgánica del Estado de 1966 y su posibilidad de acceso a la condición de funcionario de la administración pública española (algo reservado a los nacionales españoles). En consecuencia, en el presente caso debió estimarse la demanda y declarar que Gloria era española porque nació de padres españoles, saharauís nacidos a su vez en el Sahara Occidental, y a quienes el Estado español había dotado de la documentación que solo otorgaba a los españoles (documento nacional de identidad, libro de familia expedido por el Registro Civil).

En el mismo sentido, la aplicación del citado Decreto de 1976 sería, además, contraria al artículo 11.2 CE, conforme al cual, ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. (T. R. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Contratos. Compraventa. Indemnización por incumplimiento. No aplicación de las normas sobre protección de consumidores relativas a daños causados por productos defectuosos o garantía postventa.—Al ejercitarse una acción de indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de compraventa debido a las deficiencias que presenta el vehículo, las acciones relativas a la responsabilidad civil por bienes o productos defectuosos (arts. 128-149 TRLGDCU), así como las correspondientes a garantías y servicios postventa (arts. 114-127 TRLGDCU),

no son adecuadas para indemnizar el daño que supone la frustración del interés contractual del adquirente del bien o servicio que no se ajusta a lo contratado. Por el contrario, para solventar este tipo de pretensiones indemnizatorias deben aplicarse las normas del Código civil.

Principio de relatividad de los contratos. Interpretación evolutiva. Excepciones a su aplicación en determinados ámbitos de la contratación. Compraventa de automóviles.—Cuando se promulgó el Código civil los procesos económicos eran bastante simples. La compraventa contemplaba las adquisiciones de objetos ya usados, y el contrato de obra generalmente las de productos fabricados por encargo, que era la forma usual de fabricar productos elaborados. Sin embargo, cuando la estructura económica de la sociedad fue cambiando y se generalizó la producción en masa, este modelo entró en crisis y se hizo necesario en ciertos casos excepcionar la aplicación del principio de relatividad de los contratos, como sucedía en las operaciones de construcción y venta masiva de inmuebles. Esta excepción atendía sobre todo a la unidad del fenómeno económico del proceso de construcción y venta y a la correspondencia entre el daño sufrido por el acreedor en el segundo contrato (el comprador) y la violación de las obligaciones de los deudores (contratista o arquitecto) en el primer contrato, el de obra. La contratación en el sector del automóvil presenta también particularidades que justifican limitar o excepcionar en ciertos casos el principio de relatividad de los contratos, dados los especiales vínculos que se crean entre el fabricante, los concesionarios y los compradores y la afectación masiva, a una pluralidad de adquirentes, que suelen provocar los defectos de fabricación.

Vinculación de los contratos de fabricación y venta de automóviles. Extensión al fabricante de la responsabilidad por incumplimiento frente al comprador final.—La regulación como unidades autónomas de los contratos de fabricación de automóviles y de venta de los mismos pugna con la realidad económica. Se trata, en realidad, de contratos conexos en los que se plasma la existencia de una relación económica que va desde la producción del automóvil hasta su entrega al destinatario final. Entre el fabricante y el comprador final, pese a que formalmente no han celebrado un contrato entre sí, se establecen vínculos con trascendencia jurídica y, por tanto, si el automóvil no reúne las características con las que fue ofertado, respecto del comprador final no existe solamente un incumplimiento del vendedor directo, sino también del fabricante que lo puso en el mercado y lo publicitó. Y el daño sufrido por el comprador se corresponde directamente con el incumplimiento atribuible al fabricante.

No aplicación al fabricante de automóviles del principio de relatividad respecto del contrato final de venta. Interpretación del artículo 1257 CC conforme a la realidad social actual. Responsabilidad contractual del fabricante frente al comprador final.—No cabe limitar la responsabilidad por los daños y perjuicios al distribuidor que vende directamente al adquirente final, pues su legítimo derecho a ser resarcido puede verse frustrado si el vendedor deviene insolvente, incluso puede ocurrir que el régimen de responsabilidad del vendedor sea menos satisfactorio para el comprador que el aplicable al fabricante, pues, de acuerdo con el artículo 1107 CC, es posible que el vendedor sea un incumplidor de buena fe mientras que el fabricante sea un incumplidor doloso. Por tanto, el fabricante del vehículo no puede ser considerado como un *penitus extranei*, como un tercero totalmente ajeno al contrato. El incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por el comprador final se debió a que el producto que había puesto en el mer-

cado a través de su red de distribuidores no reunía las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el propio fabricante y, por tanto, le es imputable el incumplimiento. Una interpretación del artículo 1257 CC que tome en consideración la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado (art. 3 CC), determina que no sea procedente en estos supuestos separar esos contratos estrechamente conexos mediante los que se articula una operación jurídica unitaria. Por ello, el fabricante del automóvil tiene frente al adquirente final la responsabilidad derivada de que el bien puesto en el mercado no reúne las características técnicas anunciadas. Esta responsabilidad es solidaria con la responsabilidad del vendedor, sin perjuicio de las acciones que posteriormente este pueda dirigir contra aquel. (STS de 11 de marzo de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—En 2013 la actora había comprado en TM, S. L., concesionario oficial del grupo Volkswagen de su localidad, un automóvil Seat Ibiza con motor diésel fabricado por la compañía Seat, S. A. Dos años después tuvo conocimiento de que el motor del vehículo tenía instalado un software que desactivaba las emisiones de los óxidos de nitrógeno (NOx) cuando detectaba que estaba siendo sometido a control de emisiones, manipulando así los resultados de las mediciones de emisiones contaminantes. La compradora demandó al vendedor y al fabricante solicitando la anulación de la compraventa por vicios del consentimiento o la resolución por incumplimiento, así como la indemnización de los daños morales padecido. Subsidiariamente pidió la indemnización de los daños materiales y morales derivados de no cumplir el objeto las características con las que había sido ofertado en cuanto a emisiones, y la necesidad de someterlo a modificaciones para eliminar el mecanismo de manipulación instalado y cumplir los estándares de emisión de gases contaminantes. Las demandadas opusieron su absoluta falta de responsabilidad en el hecho denunciado, toda vez que la instalación del dispositivo fraudulento se había llevado a cabo por la fabricante de los motores en origen, Volkswagen A. G., limitándose Seat, S. A. a su incorporación a los autos que fabricaba. El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia Provincial acogió parcialmente el recurso de apelación y condenó a la vendedora TM, S. L. al pago de 500 euros en concepto de indemnización del daño moral. Absolvió a Seat, S. A. por carecer de legitimación pasiva al considerar que, pese a que en las relaciones entre fabricantes esta asumía como propio lo hecho por la autora del fraude, lo cierto era que, ejercitándose en el proceso una acción de responsabilidad contractual, no existía vínculo de esta naturaleza entre la compradora y cualquiera de las fabricantes (Seat y Volkswagen), a diferencia de lo que habría sucedido si la acción ejercitada hubiera sido la de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos del artículo 128 TRLGDCU. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la actora.

NOTA.—Esta Sentencia del Pleno aborda por primera vez en España las consecuencias derivadas del denominado *Dieseldgate*. Este caso, por la entidad de sus autores y la trascendencia económica y social que tuvo, causó un gran impacto a nivel internacional con consecuencias jurídicas, que aún se discuten y litigan, en diver-

sos países (así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 25 de mayo de 2020, que confirma la dictada por la Audiencia de Coblenza en junio de 2019, condenó a Volkswagen a restituir el precio pagado por el comprador, deducida la pérdida de valor por el uso y a recibir la devolución del vehículo vendido). Se trata sobre todo de determinar la responsabilidad contractual del fabricante frente al consumidor final por la manipulación fraudulenta del producto vendido, en relación con el contrato de venta del vehículo, cuando no sean aplicables las acciones específicas del derecho de consumo (garantía postventa y daños causados por productos defectuosos). Frente a las soluciones que se han ido adoptando en otros países [Ormazabal Sánchez, «El «dieselgate» ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva», *Indret*, 3, 2020, pp. 25-58], el Tribunal Supremo ha optado por atribuir responsabilidad al fabricante, pese a la inexistencia de un vínculo contractual directo e inmediato con el comprador, haciendo excepción con ello del principio de relatividad de los contratos contemplado en el artículo 1257 CC. Debe señalarse que los términos del debate ante el Alto Tribunal se circunscribieron a si el fabricante en España debía responder de la indemnización por el daño moral generado por el incumplimiento de lo pactado y por la incertidumbre ante las consecuencias que podría tener el descubrimiento de la instalación del mecanismo fraudulento. Se sustrajo así a la decisión del Tribunal si procedía, o no, declarar la nulidad o la resolución del contrato y las consecuencias que cualquiera de estas medidas podría tener a la luz de las dificultades que conlleva hacer efectivas las restituciones impuestas por el ordenamiento (art. 1303 CC) [en este sentido, Carrasco Perera, «Dieselgate: soluciones contractuales y extracontractuales», *GA_P*, julio 2020, pp. 5 y 6]. (L. A. G. D.)

8. Cláusula *rebus sic stantibus* y crisis económica. Imprevisibilidad del cambio de circunstancias.—La doctrina jurisprudencial actual sobre la *rebus sic stantibus* (STS 455/2019, de 18 de julio) sostiene que la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (STS del Pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013). Es condición necesaria para la aplicación de la regla la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo (STS 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (SSTS 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras).

Aplicación a los contratos de larga duración. No cabe apreciar la alteración de las circunstancias en contratos de corta duración.—El

cambio de características que podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato. En nuestro caso, en que la duración del contrato es de un año, es difícil que un cambio de circunstancias referido a la demanda en el mercado de inserción de la publicidad en TV, escape al riesgo asumido con la prórroga del contrato. Cuando la actora, libremente, asumió la prórroga del contrato sabía que el mínimo garantizado sería como poco el del año anterior, lo que conllevaba el riesgo de no llegar a conseguir y facturar ese mínimo de publicidad, y tener que compensar por ello a TVG. La bajada de demanda de publicidad en TV, al venir referida a un corto periodo de tiempo, un año, no dejaba de ser un riesgo cubierto por el contrato, además de que no fue algo tan drástico e imprevisible: el descenso de la inversión publicitaria en general fue de 25,9 millones de euros en 2007 a 24,1 millones de euros en el 2008. En consecuencia, no resultaba de aplicación la regla *rebus sic stantibus*. (**STS de 6 de marzo de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En enero de 2006 la mercantil ZGM suscribió, con las compañías de gallegas TVG y RTVG, sendos contratos por los cuales a la primera se le cedía en exclusiva la gestión, promoción y venta de espacios publicitarios para la emisión de anuncios en los canales de televisión y radio titularidad de las comitentes. Estas se comprometían a pagar a ZGM una comisión porcentual sobre los ingresos brutos que obtuvieran con la publicidad contratada por la mediación de aquella. Correlativamente, ZGM garantizaba una producción mínima que aumentaría o disminuiría en relación directa con la variación de audiencia o cuota de pantalla que resultara para cada año respecto de la obtenida en 2005. Los contratos se suscribieron por los años 2006 y 2007, con posibilidad de prórroga anual, que efectivamente se dio de forma tácita al continuar ZGM prestando estos servicios en 2008. Durante ese año se produjo un descenso de la inversión publicitaria respecto de las anualidades anteriores. ZGM demandó a las comitentes reclamando el importe de diversas facturas pendiente de pago por los servicios prestados durante 2008. RTVG y TVG se opusieron y formularon reconvenición, solicitando a la actora reconvenida el pago del mínimo garantizado correspondiente a la anualidad prorrogada, para cuyo cálculo, al no haberse alcanzado un acuerdo al respecto, entendían aplicable el inicial del contrato ajustado proporcionalmente a la cuota de pantalla obtenida en 2008. El Juzgado de lo Mercantil estimó parcialmente tanto la demanda principal como la reconvenicional. La Audiencia Provincial de A Coruña estimó el recurso de apelación de ZGM y aplicó la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, al entender que se había producido una ruptura de la base económica del contrato como consecuencia de la caída del mercado publicitario. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por las demandadas. (*L. A. G. D.*)

9. Responsabilidad contractual. Fundamento: relación causal y culpa. Inaplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad por falta de culpa.—De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, de acuerdo con los artículos 1101 y 1902 CC, posee como fundamento la culpa. Esta responsabilidad de tipo subjetivo solo se excepciona por ley, al margen de los supuestos de actividades anormalmente peligrosas en los que se presume la culpa. La mera producción del daño no equivale a la culpa, puesto que ello supondría establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado que no tiene encaje en el artículo 1902 CC (SSTS de 18 de marzo de 2016, 17 y 18 de diciembre de 2019). La responsabilidad exige el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de la relación contractual (SSTS de 16 de noviembre de 2016, 31 de enero y 28 de mayo de 2019). La gestión de una residencia de tercera edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa, ni conlleva la obligación exorbitante de observar a los residentes durante las veinticuatro horas del día, cuando no se encuentren en una situación de peligro que exija la adopción de especiales medidas de cuidado por no padecer una patología que precise de asistencia continúa. Los artículos 147 y 148 TRLGDCU (antes arts. 26.2 y 28 LGDCU) exigen la prueba de una relación causal entre la prestación del servicio y el daño (SSTS de 15 de noviembre de 2007 y 6 de febrero de 2009). La doctrina de la pérdida de oportunidad está prevista para los supuestos de indeterminación de la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el resultado producido, por lo que no resulta aplicable cuando el resultado no sea imputable por no haberse omitido la diligencia debida en la prestación de los servicios. **(STS de 11 de marzo de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La hija de una septuagenaria fallecida por infarto de miocardio en una residencia de tercera edad, interpuso demanda contra su entidad titular al considerarla responsable del óbito que tuvo lugar mientras la residente se encontraba sin vigilancia en un jardín de la residencia, siendo localizada aproximadamente a la hora de su fallecimiento. El contrato abarcaba alojamiento, pensión y asistencia sanitaria, y la fallecida padecía de ceguera del ojo izquierdo y deterioro de la agudeza visual del ojo derecho, migraña, hernia de hiato y síndrome ansioso. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó al pago de una indemnización al considerar que la fallecida no podía desplazarse sin ayuda dada su escasa visión, y que falleció por infarto de miocardio sin recibir atención médica que pudiera salvar su vida. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo estima con fundamento en que el fallecimiento obedeció a causas naturales dado que la ceguera de la fallecida no impedía encontrarse en el jardín durante un breve periodo de tiempo sin atención ni vigilancia; en que no se acreditó la relación causal entre dicha situación y la causa de la muerte al no probarse que fuera debida a una caída, falta de asistencia sanitaria o por encontrarse sin vigilancia. La demandante interpuso el recurso de casación articulado en tres motivos. En el primero, alegó infracción del artículo 1104 CC esgrimiendo que la responsabilidad civil, en aras de dar satisfacción a la víctima, prescinde, en mayor

o menor medida, de la exigencia de culpa, limitándose a requerir la prueba de la relación causal. La recurrente alegó en el segundo motivo infracción de los artículos 26.2 y 28 LGDCU, que descarta el Tribunal Supremo por no padecer la fallecida un proceso patológico que requiriese una asistencia médica propia de un centro hospitalario. Ello impide apreciar relación causal al no fallecer por una indebida prestación del servicio sino por causa natural, sin que pueda afirmarse que de encontrarse acompañada se hubiera podido salvar su vida. En el último motivo, la recurrente pretende la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad dado que la fallecida no pudo recibir asistencia sanitaria al momento de sufrir el infarto. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo señala que la jurisprudencia ha retornado a la exigencia de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, lo que observamos en la STS de 16 de febrero de 2009 que señaló que «*el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 CC*». No obstante, apreciamos que lo verdaderamente relevante para el sentido del fallo fue la determinación de la prestación debida. Sobre este particular, se ha señalado que en las obligaciones de hacer solo es relevante el incumplimiento porque el estándar de diligencia profesional integra el contenido de la obligación en sentido objetivo (Carrasco Perera, A., *Derecho de Contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 939). La sentencia apreció que podía dejarse sola a la residente durante una o dos horas, al estimar que una vigilancia durante veinticuatro horas resultaría una obligación exorbitante. Esta concreción de la prestación descarta, por tanto, toda relación causal entre el fallecimiento y la conducta de la demandada que no constituye incumplimiento ni cumplimiento defectuoso. Ello, a su vez, impide plantearse la responsabilidad regulada en los artículos 147 y 148 TRLGDCU a pesar del carácter objetivo que se le atribuye (véase Santana Navarro, F., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», *ADC*, 2019, II, pp. 399 y ss.). La aludida concreción también excluye la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, que entendemos hubiera procedido de estimarse que la prestación exigía una vigilancia continua de la fallecida porque en tal caso habría incumplimiento y consecuentemente se hubiera perdido la oportunidad de salvarle su vida mediante una asistencia sanitaria. Para un exhaustivo estudio de la doctrina de la pérdida de oportunidad o *chance*, como técnica para salvar las dificultades de la prueba del nexo causal, véase Reglero Campos, L. F., y Medina Alcoz, L., «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», *Tratado de Responsabilidad civil* (coord. por L. F. Reglero Campos), I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 780 y ss. Dado el ámbito y finalidad de esta doctrina, la Sala desecha su aplicación al no existir un problema de indeterminación de la relación causal por la reiterada concreción de la prestación debida. (F. S. N.)

10. Responsabilidad profesional del abogado por dejar prescribir una acción.—La Sala Primera no aprecia responsabilidad civil del abogado con relación al hecho controvertido de dejar prescribir una acción, cuando esta cuestión no ha sido probada y cuando jurídicamente era más que defendible que la susodicha acción no había prescrito procesalmente. En tal caso, no existe nexo causal entre la actuación profesional que se considera descuidada y el resultado dañoso experimentado por el cliente. (**STS de 29 de mayo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 5 de mayo de 2008, A interpuso demanda contra B y su compañía de seguros S, con el fin de reclamar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un accidente de circulación del que fue víctima. La demanda reclamaba una serie de cantidades por daños materiales relativos a rescate y gastos de paralización del vehículo de A, así como por secuelas y días de estabilización de estas. El accidente había ocurrido el 13 de febrero de 2004, archivándose la causa penal el 12 de agosto de ese mismo año, por auto. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por prescripción. Esa sentencia devino firme, al no recurrirse.

Ante ello, A demandó a su letrada por responsabilidad profesional y en particular, por prestación anormal de los servicios jurídicos con perjuicio para el cliente, al no haberse atendido la *lex artis*, por parte de la abogada. A juicio de A la negligencia de su abogada era doble; por un lado, por dejar prescribir la acción y, por el otro, por presentar una demanda abocada al fracaso.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda; sentencia que fue confirmada por la Audiencia y contra la que A interpuso sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. (A. I. R. A.)

11. Acción de impugnación de la lista de acreedores. Acción de reintegración. Legitimación activa. Fraude procesal.—La sociedad demandante impugna la lista de acreedores, en concreto, la clasificación de un crédito que había sido reconocido y clasificado por la administración concursal como crédito con privilegio especial, al estar garantizado con una prenda constituida sobre el saldo de una cuenta. Pero la impugnación de la lista de acreedores, en realidad, encerraba una acción de nulidad de la constitución de la garantía real por existir una prohibición de disponer sobre el saldo de la cuenta, acordada en unas medidas cautelares, razón por la cual no se cumplían los requisitos legales para la constitución de la prenda (art. 1.857.3.º CC). Esta acción de nulidad no deja de ser una de esas acciones de impugnación de actos de disposición realizados por el deudor concursado con anterioridad a la declaración de concurso, que después del concurso tienen la consideración de acciones de reintegración. El artículo 72 LC limita la legitimación activa para ejercitar las acciones de reintegración exclusivamente a la administración concursal. Esta restricción de la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de reintegración contrasta con la amplitud de legitimación reconocida en el artículo 96 LC para la impugnación de la lista de acreedores, que se la reconoce a cualquier interesado. En el caso enjuiciado existe fraude procesal, pues el demandante, para evitar la aplicación de las normas que restringen la legitimación para el ejercicio de la acción de impugnación,

acude al subterfugio de la impugnación de la lista de acreedores, a efectos de justificar su legitimación para ejercitar la acción de nulidad de la constitución de la prenda, legitimación de la que carece. **(STS de 26 de mayo de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En el año 2006, la Compañía Trimtor S. A., la Constructora Guifersol S. A. y Construcciones Villegas S. L. constituyeron una Unión Temporal de Empresas (UTE Caravaca). El 4 de agosto de 2011, Construcciones Villegas transmitió a las otras dos sociedades sus derechos y obligaciones en la UTE, a cambio de 2.999,70 euros. Construcciones Villegas fue declarada en concurso de acreedores en el año 2011 y, en el seno de un incidente de reintegración se acordaron las siguientes medidas: «1.º oficial a la CAM para que en relación a la cuenta titularidad de la UTE retenga la cantidad de 3.544.735 euros (importe en que se cifraba la participación de esa sociedad en la UTE); y 2.º requerir a las otras sociedades que conforman la UTE (Trimtor y Guifersol) para que, en relación con la UTE Caravaca, se abstengan de realizar cualquier tipo de actuación, sin contar con el consentimiento de la mercantil Construcciones Villegas en concurso».

El 31 de diciembre de 2012, Banco de Valencia concedió a Guifersol un préstamo de 362.900 euros, afianzado por Trimtor, y a esta última otro préstamo de 152.420 euros, afianzado por Guifersol. Para garantizar la devolución de ambos préstamos, la UTE constituyó una prenda sobre el saldo de la cuenta de la UTE abierta en la CAM hasta la cantidad de 538.085 euros, y se hacía constar expresamente en la póliza de constitución de la garantía prendaria que «(el) saldo se encuentra en la actualidad indisponible en virtud de resolución judicial pronunciada en incidente concursal núm. (...)». En abril de 2015, Guifersol fue declarada en concurso de acreedores. En la lista de acreedores, el crédito de CaixaBank (sucesora de Banco de Valencia), derivado del préstamo de 31 de diciembre de 2012, fue reconocido y clasificado como crédito especialmente privilegiado en cuanto estaba garantizado con la prenda sobre el saldo bancario.

La lista de acreedores fue impugnada por Trimtor, que impugnó la clasificación del crédito de CaixaBank como crédito con privilegio especial. En esta demanda de impugnación, se solicitó la nulidad del contrato de pignoración de 31 de diciembre de 2012 y que, en consecuencia, se clasificara ese crédito como ordinario. La nulidad se fundaba en la infracción del artículo 1.857.3.º CC, ya que sobre el activo pignorado no podían disponer Guifersol y Trimtor por impedirlo una medida cautelar. CaixaBank se opuso alegando que la nulidad de la prenda debía hacerse valer por el incidente de reintegración (art. 71.6 LC) y que la legitimación activa para ejercitar esta acción correspondía a la administración concursal (art. 72 LC). La sentencia de primera instancia estimó la demanda porque entendió que la constitución de la prenda es una actuación prohibida sobre el patrimonio de la UTE, ya que dichas sumas son indisponibles, debiendo acordarse la nulidad de dicho contrato. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por CaixaBank. La Audiencia confirma la procedencia de la nulidad de la

constitución de la prenda. Frente a la sentencia de apelación Caixa-bank interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal. (*J. M.ª M. F.*)

12. Concurso de acreedores. Legitimación para pedir la calificación del concurso.—Los acreedores y demás interesados en la calificación carecen de legitimación para pedir una determinada calificación del concurso, pero se les reconoce la posibilidad de intervenir como adyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal, y para apelar (art. 172. bis. 4 LC). Y a estos concretos efectos se les reconoce la condición de parte.

Concurso de acreedores. Intervención de terceros y naturaleza.—La intervención de los terceros en esta sección es más limitada que la prevista con carácter general en el artículo 193.2 LC, y se acomoda mejor a la modalidad de *intervención adhesiva simple*, que contempla el artículo 13.1 LC, porque al intervenir como coadyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal, no pueden sostener otras distintas. Sus iniciales alegaciones tan solo habrán servido para informar a la administración concursal, para sugerir un determinado sentido la calificación, a fin de que las tenga en cuenta, y, haciéndolas suyas, las incorpore en su informe *como hechos relevantes para la calificación del concurso* (art. 169.1.º LC).

Concurso de acreedores. Terceros personados: alcance.—Iniciado el incidente concursal, los terceros personados podrán proponer prueba, participar en la vista y realizar cualquier otra actuación procesal, pero dirigida a confirmar y ratificar los supuestos de hecho que dan soporte a las pretensiones de la administración concursal y el ministerio fiscal, únicas frente a las que habrán de defenderse los demandados y demás personas afectadas. A tenor del artículo 170.4 LC, los terceros personados podrán recurrir también la sentencia de no ser estimadas todas o parte de las pretensiones interesadas por la administración concursal y el ministerio fiscal.

Concurso de acreedores. Legitimación de acreedores para recurrir: supuesto.—El carácter condicionado y limitado de la legitimación de los acreedores personados en la sección de calificación, y que se justifica por los intereses en juego en la sección de calificación y la necesidad de que el debate procesal se desarrolle ordenadamente, no priva a estos acreedores de la legitimación para recurrir la sentencia que no haya estimado todas o parte de las pretensiones interesadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, pese a que ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal hayan interpuesto recurso.

Legitimación de acreedores para recurrir: limitación.—Si bien el acreedor personado, está legitimado para recurrir la sentencia que no estima alguna de las pretensiones formuladas por el Ministerio Fiscal o la administración concursal, no puede introducir en el recurso pretensiones que no hubieran sido formuladas oportunamente por la administración concursal ni por el Ministerio Fiscal en la sección de calificación. Esto es consecuencia de que la administración concursal y el Ministerio Fiscal son los únicos que pueden formular propuestas de resolución que pueden ser tenidas en cuenta por el juez, así como de que en el recurso de apelación (y en el de casación) no pueden introducirse cuestiones nuevas que no hayan conformado el objeto

del litigio en la primera instancia. (STS de 21 de mayo de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de las entidades D. 3, S. L. e I., 91 S. L., junto con I. A. F., S. A., acreedoras en el concurso de don F., se personaron en la sección de calificación del citado concurso e hicieron alegaciones y acompañaron documentos para que se calificara el concurso como culpable. El administrador concursal solicitó que el concurso se calificara como fortuito. Por su parte, el Ministerio Fiscal, en su informe, solicitó que se declarase el concurso como culpable por concurrir los supuestos establecido en el artículo 164-2-5.º LC, se determinara como persona afectada por la calificación a F. y se acordara su inhabilitación para administrar bienes ajenos por un periodo de cinco años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander dictó sentencia en la que calificó el concurso de como fortuito. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación solo por la representación de los acreedores D. 3, S. L. e I., 91 S. L. La administración concursal y el Ministerio Fiscal no apelaron la sentencia. La Audiencia Provincial de Cantabria desestimó el recurso de apelación por falta de legitimación para recurrir, ya que ni el Ministerio Fiscal ni la administración concursal, únicos con plena y autónoma legitimación para deducir una pretensión autónoma, recurrieron la sentencia de primera instancia, pues la legitimación de los acreedores de la sección sexta es *limitada y condicionada*. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

13. Interpretación del artículo 172 bis LC en cuanto a la responsabilidad por déficit.—El artículo 172 bis.1 LC no aclara qué debe entenderse por «déficit» a la hora de determinar la responsabilidad de los administradores o liquidadores de la persona jurídica. Ante la falta de una especificación legal, debemos atender a la razón de esta responsabilidad, que no es otra que la generación o agravación de la insolvencia, respondiendo en función de la concreta contribución que la conducta que ha merecido la calificación de concurso culpable ha tenido en dicha generación o agravación de la insolvencia. Esta es la que ha determinado la apertura del concurso de acreedores y, por ello, el déficit no es tanto la insuficiencia patrimonial (activo inferior al pasivo), como el estado en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, al que se refiere el artículo 2.2 LC.

Según el Tribunal Supremo, a través de la reforma de la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, el legislador pretendió modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica de la cobertura total o parcial del déficit concursal, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Bajo esta lógica resarcitoria, tiene sentido que el déficit, en cuanto que impide que puedan pagarse todos los créditos, sea el resultado de la insolvencia. Y quienes hayan contribuido a su generación o a su agravación, con una conducta que ha justificado la calificación culpable del concurso,

deben responder de la satisfacción de este perjuicio, mediante la cobertura total o parcial del déficit, en función de su contribución. Ello sin perjuicio de que dicha contribución a la agravación de la insolvencia se pudiera evaluar económicamente en atención a la incidencia efectiva que hubiera tenido en la frustración de la expectativa de cobro de los acreedores. (**STS de 29 de mayo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—EE formaba parte del grupo de sociedades E, cuya matriz era GEC. EE fue declarada en concurso de acreedores el 27 de marzo de 2015. P, I y H fueron administradores de EE en el período comprendido entre el 15 de noviembre de 2011 y el 27 de marzo de 2015, en que se declaró el concurso y se abrió la fase de liquidación. Hasta la declaración de concurso, EE transfirió a su matriz (GEC) dinero por un importe total de casi dos millones doscientos mil euros. De esa suma, en el período antes señalado el desvío patrimonial fue de 8.875 euros.

El Juzgado de lo Mercantil declaró culpable el concurso por las siguientes causas: 1) al amparo de lo prescrito en el artículo 164.1 LC, porque sus administradores agravaron de manera gravemente negligente la situación de insolvencia de la concursada; 2) al amparo del artículo 164.2.1.º LC, porque las cuentas anuales de la concursada incurrían en graves irregularidades que impiden un conocimiento fidedigno de la situación patrimonial y financiera de la sociedad. Señaló que la conducta de traspaso patrimonial agravó la situación de insolvencia. Además, condenó a P, I y H, entre otras cosas, a la cobertura del eventual déficit que resultara de las operaciones de liquidación del concurso, hasta el límite de 8.875 euros y de manera solidaria con GEC. Y, finalmente, condenó a GEC, en cuanto cómplice, a la devolución de los casi dos millones doscientos mil euros indebidamente obtenidos de la caja de la concursada.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por los tres administradores sociales y por la sociedad matriz. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación de GEC y deja sin efecto la mención a que esta sociedad matriz debía responder de forma solidaria de la condena a la cobertura del eventual déficit impuesta a los tres administradores sociales. Desestimó íntegramente el recurso de P, I y H. La Audiencia rechazó la pretensión de los apelantes de que por «déficit» se entendiera la diferencia que había entre el activo y el pasivo al tiempo de la declaración de concurso.

Frente a la sentencia de apelación, P, I y H interpusieron recurso de casación, alegando la infracción del artículo 172 bis LC, en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en cuanto a qué debe entenderse por condena a la cobertura del déficit. El Alto Tribunal desestima este recurso. Señala que, como la apertura de la sección de calificación fue posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, resulta de aplicación la versión del artículo 172 bis LC introducida por este Real Decreto-ley. En este caso, si bien al tiempo de la declaración de concurso el activo contable era superior al pasivo, en ese activo se encuentra el crédito que la concursada tiene con su matriz (GEC) por las disposiciones de dinero injustificadas (casi dos millones doscientos mil euros). Estas disposiciones injustificadas de dinero, en la medida en que no

se devolvían, provocaron, según el Tribunal Supremo, la insolvencia, el concurso y, consiguientemente, ante la falta de restitución de esas cantidades, que haya un pasivo que resulte insatisfecho con lo obtenido con la realización de todos los activos. Entiende que es lógico que los administradores responsables de la conducta que generó la insolvencia respondan de sus consecuencias, en la medida en que el tribunal de instancia haya justificado que contribuyeron a esa generación o agravación de la insolvencia (8.875 euros).

NOTA.—Sobre la interpretación del artículo 172.3 LC en su redacción originaria de la Ley 22/2003, Concursal, en relación con la responsabilidad a la cobertura del déficit, *vid.* la STS de 6 de octubre de 2011. Y respecto a la interpretación del artículo 172 bis.1 LC, tras la reforma introducida por el Real Decreto-ley 4/2014, *vid.* las SSTs de 12 de enero de 2015 y 22 de mayo de 2019. (S. L. M.)

14. Concurso de acreedores. Insuficiencia de la masa activa: efectos.—Si la administración concursal comunica formalmente la insuficiencia de la masa activa, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 176 bis LC, conlleva que a partir de entonces operará la regla de prelación de pagos prevista en dicho precepto y para evitar la arbitrariedad de la administración concursal, a la hora de atribuir la consideración de *créditos imprescindibles para concluir la liquidación*, a los efectos de ser satisfechos de forma prededucible y, por ello, con anterioridad al resto de los créditos, es necesaria la autorización judicial, recabada por el trámite del artículo 188 LC, con audiencia de los interesados.

Concurso de acreedores. Preceptiva autorización.—La administración concursal debe solicitar la preceptiva autorización judicial para que los salarios sean considerados gastos imprescindibles para la liquidación y por ello sean prededucibles. Esta autorización, en la medida en que es necesaria para que aquellos salarios puedan ser considerados y tratados como gastos imprescindibles a los efectos del artículo 176 bis. 2 LC.

Concurso de acreedores. Salarios y cuota de seguridad social.—Reconocer a unos salarios la consideración de gastos prededucibles, en atención a que remuneran unos trabajos que eran imprescindibles para las operaciones de liquidación posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa, por la misma razón también merecerían esa consideración las cuotas de la Seguridad Social, toda vez que se consideran imprescindibles, generan no solo el crédito salarial sino también el correspondiente a las cuotas de la seguridad social. Ambos tienen el mismo origen, son el coste generado por ese servicio que se habría considerado imprescindible para concluir las operaciones de liquidación, sin que a estos efectos se pueda distinguir entre uno y otro, ni resulten de aplicación las reglas de prelación de créditos del propio artículo 176 bis. 2 LC, aunque este precepto trate de distinta forma el crédito salarial y el de la seguridad social resulta irrelevante a la hora de determinar si ambos son prededucibles en atención a que constituyen gastos necesarios derivados de un servicio imprescindible para concluir las operaciones de liquidación. (STS de 26 de marzo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En el concurso de acreedores de T. A. de F., S. L., la administración concursal realizó la comunicación de insuficiencia

de masa activa, en un informe de liquidación, por su parte la administración concursal dejó constancia de que se han seguido pagando los salarios correspondientes a los servicios imprescindibles. En el incidente concursal, interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), se pedía que las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a estos salarios que se habían considerado gastos necesarios para concluir la liquidación y, por ello, prededucibles, tuvieran la misma consideración. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander dictó sentencia desestimando la demanda incidental interpuesta por la TGSS, al precisar que, para que unos determinados gastos puedan ser considerados imprescindibles y por ello prededucibles, es necesario que lo solicite expresamente la administración concursal y que lo autorice el tribunal y, en este caso, no constaba que la administración concursal hubiera recabado esta autorización respecto de los salarios de esos trabajadores, además, advertía que la TGSS carecía de legitimación para solicitar esa autorización. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la TGSS, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Cantabria desestimó el recurso y confirmó íntegramente la resolución de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

15. Contrato de arrendamiento de industria: repercusión al arrendatario del Impuesto sobre el Valor Añadido.—La repercusión al arrendatario del Impuesto sobre el Valor Añadido que grava la renta, no se sustenta en las normas que regulan dicho impuesto sino en el contrato de arrendamiento en el que se pactó tal repercusión. Dicho pacto resulta perfectamente válido al no oponerse al artículo 1255 CC, pero su eficacia se limita a las partes contratantes sin alcanzar a la Administración Tributaria puesto que el sujeto pasivo del impuesto viene determinado por las normas fiscales que lo regulan (STS de 21 de enero de 2020). (STS de 21 de mayo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La parte arrendadora de una industria interpuso demanda contra los herederos del arrendatario solicitando su condena al pago de las rentas adeudadas más las cantidades derivadas del Impuesto sobre el Valor Añadido que, de acuerdo con el contrato, debía abonar el arrendatario a la demandante. Tanto en primera instancia como en apelación los demandados resultaron condenados al pago de las rentas adeudadas más las cantidades derivadas de las cuotas correspondientes al Impuesto sobre el Valor Añadido. Una de las condenadas formuló recurso de casación fundamentado en un único motivo en el que alegó infracción del artículo 1555.1.º CC en relación con el artículo 88.2 y 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del renombrado tributo. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Este pronunciamiento trata la repercusión del Impuesto sobre el Valor Añadido que, de acuerdo con la Ley 37/1992, se encuentra sujeta a determinados requisitos previstos en su artículo 88. Por ello, la recurrente alegó infracción del artículo 88.2 y 4 que establecen, respectivamente, que la repercusión del IVA debe

realizarse consignando separadamente la cuota del impuesto, y que el derecho a repercutirlo se perderá si transcurriese más de un año desde su devengo. Frente a tal planteamiento, el Tribunal Supremo resuelve que la repercusión al arrendatario del Impuesto sobre el Valor Añadido no precisa apoyarse en las normas que lo regulan al nacer de lo pactado en el contrato. Así, añade que en el ámbito civil debe prevalecer lo convenido frente a cualquier incidencia de carácter administrativo, con independencia de que frente a la Administración Tributaria el sujeto pasivo del impuesto no pueda variarse mediante un pacto entre particulares (SSTS de 16 de noviembre de 2015, 18 de mayo de 2016 y 26 de enero de 2018). (F. S. N.)

16. Limitación de responsabilidad contractual del arquitecto en relación con el promotor.—Los artículos 10.2 b) y 17.1 LOE, y la obligación legal que de ellos se deriva, solo impiden la limitación de responsabilidad, cuando de ella se deriva un perjuicio para los terceros adquirentes (art. 1255 CC). Son válidas las cláusulas limitativas de responsabilidad, cuando no perjudican a terceros. En cualquier caso, la LOE no resulta de aplicación a la construcción de una glorieta (como elemento constructivo único), no siendo aplicables, por ello, sus límites de responsabilidad (STS de 1 de junio de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Magin Ruiz de Albornoz SLU (en adelante, «Magin») fue demandada por la Sociedad de Proyectos Temáticos de la Comunidad Valenciana S. A. Unipersonal (en adelante, «Proyectos») por incumplimiento contractual de sus obligaciones derivadas de la Ley de Ordenación de la Edificación, como consecuencia del derrumbe de una obra que le fue adjudicada por un precio de 1.883.619 euros. El contrato versaba sobre una obra pública: la construcción de una glorieta).

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por considerar que no se había producido un incumplimiento de las obligaciones de la Magin, como proyectista. Según el Juzgado, esta no habría sido contratada por el director de obra y la falta de definición del proyecto tampoco habría tenido que ver con la caída de la estructura que se produjo, siendo imputable el error a quien dirigía la obra.

La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y declaró el incumplimiento contractual de Magin, condenándola a ejecutar las obras de reparación oportunas, ya que el arquitecto no cumplió adecuadamente las obligaciones contractuales que le vinculaban.

En cuanto al alcance de las consecuencias indemnizatorias derivadas de dicho incumplimiento, la Audiencia no consideró aplicable la cláusula del contrato celebrado entre demandante y demandada, la cual limitaba esta responsabilidad a un máximo de cinco veces el precio pactado en el proyecto. Frente a esta sentencia, y en particular frente a la decisión de no limitar la indemnización, Magin interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

17. Consumidores y usuarios. Condición de consumidor. Esposa del administrador de la sociedad prestataria.—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo la garante personal y real de un préstamo mercantil, esposa del administrador de la sociedad prestataria, no ostenta la condición de consumidora, pese a no tener cargo orgánico alguno en la sociedad deudora, por ser titular junto con su esposo del 90 % del capital social de la compañía mercantil prestataria. En estas circunstancias, no puede predicarse respecto de la recurrente la ajenidad a la finalidad empresarial del préstamo que exige el reconocimiento de la condición de consumidora. (**STS de 28 de mayo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 17 de junio de 2009 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 400.000€, entre BBVA S. A., como prestamista, C. S. A., como prestataria, y D. A. —administrador de la mercantil— y L. —esposa del administrador—, como fiadores solidarios e hipotecantes. Con posterioridad, L. presentó una demanda en la que ejerció una acción individual de nulidad por abusivas de las cláusulas de vencimiento anticipado e interés moratorio del préstamo.

Los AATJUE de 19 de noviembre de 2015 y 14 de septiembre de 2016 establecieron que la Directiva 93/13/CEE resultaba de aplicación a los garantes de préstamos mercantiles siempre que actuasen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carecieran de vínculos funcionales con la sociedad prestataria. Además, explicitaron que debía entenderse que los garantes carecerían de vínculos funcionales con la sociedad prestataria si no participaban en la gerencia de esta o no tenían una participación significativa en su capital social. Siguiendo este criterio, la Sala Primera del Tribunal Supremo concluyó que la garante recurrente no ostentaba la condición de consumidora de conformidad con el artículo 3 TRLGDCU por tener vínculos funcionales con la sociedad habida cuenta que era cotitular, junto con su esposo, del 90 % del capital social de la mercantil prestataria. (A. A. O.)

18. Protección de consumidores y usuarios. Contrato de cuenta corriente bancaria y contrato de crédito al consumo: imposibilidad de devengo simultáneo de la comisión por descubierto tácito e intereses de demora.—El descubierto tácito en cuenta corriente supone una facilidad crediticia concedida por las entidades bancarias al permitir que se atiendan pagos contra tal cuenta por encima de los saldos que presenten. Este servicio bancario constituye una operación de crédito reconocida legalmente por los artículos 4 y 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, *de contratos de crédito al consumo*, antes por el artículo 4 de la Orden de 17 de enero de 1981, *sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo* (SSTS de 17 de enero de 1981 y 25 de noviembre de 1989). Por ello, la comisión por descubierto posee una finalidad retributiva del crédito concedido por la entidad bancaria al permitir atender recibos o realizar reintegros por medio de cajero por encima del saldo disponible en cuenta. En cambio, los intereses de demora poseen una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por la morosidad o incumplimiento de la obligación de pago del cliente, de acuerdo con los artículos 1101 y 1108 CC (SSTS

de 28 de junio de 1991, 22 de abril y 23 de diciembre de 2015). Así, las cantidades del descubierto tácito, en tanto suponen la concesión de un nuevo crédito, no pueden devengar intereses de demora durante el periodo temporal en el que estén siendo retribuidas mediante liquidaciones periódicas de comisiones por descubierto. El devengo simultáneo de tales comisiones e intereses de demora supondría sujetar un mismo servicio a un doble gravamen retributivo, lo que resulta proscrito por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, y cobrar por un servicio no prestado en contra del artículo 87.5 TRLGDCU. **(STS de 13 de marzo de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Una consumidora interpuso demanda en contra de una entidad bancaria solicitando la declaración de nulidad por abusiva de dos cláusulas de comisiones bancarias por reclamación de posiciones deudoras y de comisiones por descubiertos, así como la condena a la restitución de las cantidades cobradas en aplicación de tales cláusulas. Opuesta la demandada, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, con la consecuente condena dineraria. Recurrida la sentencia por la demandante, fue confirmada íntegramente por la Audiencia Provincial al no apreciar haberse producido una duplicidad entre el devengo y cobro de intereses de demora y de la comisión por descubierto por unas mismas cantidades y en unos mismos periodos temporales. La actora interpuso recurso de casación articulado en dos motivos. En el primero, alega infracción del artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* así como vulneración de doctrina jurisprudencial, esgrimiendo que las comisiones bancarias carecían de justificación al no obedecer a servicios efectivamente prestados o gastos asumidos por la entidad demandada, puesto que son los intereses de demora y no tales comisiones los que resarcen a la entidad bancaria del incumplimiento o mora del deudor. En el otro motivo de casación, relacionado con el anterior, se denunció infracción de los artículos 1274 y 1275 CC al entender que las comisiones bancarias no encuentran justificación en obligaciones recíprocas de las partes, invocando sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Como señala la sentencia, el servicio bancario del descubierto tácito puede ser retribuido mediante contraprestación en forma de intereses o de comisión por descubierto. Dichas comisiones son válidas siempre que, además de cumplirse con los correspondientes deberes de información, no superen una tasa anual equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero (art. 20 LCCC); no se aplique adicionalmente a dicho límite una comisión de apertura en los descubiertos, ni se gire en cada periodo de liquidación más de una vez la comisión por descubierto, aunque se generen varios descubiertos dentro cada uno. La incompatibilidad entre la comisión por descubierto y los intereses de demora resulta únicamente temporal o simultánea, lo que confirma el tenor del artículo 20.3 LCCC

según el cual, para el caso de descubierto tácito importante que se prolongue durante un período superior a un mes, el prestamista informará al consumidor del importe de los intereses de demora. Por otro lado, también debe distinguirse la comisión por descubierto tácito de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, al retribuir esta un servicio diferente al de la concesión de un nuevo crédito, cual es el coste de las gestiones realizadas por la entidad bancaria para recuperar lo impagado. (F. S. N.)

19. Condiciones generales de la contratación. Cláusula suelo. Adherente no consumidor: Solo cabe el control de incorporación.—En los contratos celebrados bajo condiciones generales de la contratación en los que los adherentes no son consumidores no resultan procedentes los controles de transparencia y abusividad, sino únicamente el control de incorporación (STS 241/2013, de 9 de mayo). Esto es, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5. LCGC (*la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*) y 7 LCGC (*no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato...*).

Caracteres del control de incorporación.—Para que una condición general de la contratación supere el control de incorporación debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Este criterio no es solo una construcción jurisprudencial, sino una exigencia expresa de los artículos 5 y 7 LCGC (STS 314/2018, de 28 de mayo). Lo decisivo es que la cláusula no fue correctamente incorporada al contrato. (STS de 11 de marzo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 11 de mayo de 2012, Juan y Teodora, como prestatarios, y Abanca S. A. como prestamista, suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable, si bien con una limitación a la variabilidad del tipo de interés (suelo) del 6,50 %.

La finalidad del préstamo era la financiación de la adquisición de una licencia municipal de auto-taxi de Madrid.

Los prestatarios demandaron a Abanca S. A., solicitando que se declarase la nulidad de la cláusula suelo y se condenase a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación. Quedó demostrado que el banco incumplió los deberes de información que le imponía la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. El recurso de apelación fue desestimado por la audiencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad

demandada, al confirmar que la cláusula no superaba el control de incorporación. (I. D.–L.)

20. Compensación por ocupación ilegítima de terrenos propios de una urbanización por la Administración y enriquecimiento injustificado.—La Sala Primera confirma su doctrina (STS núm. 417/2019, de 15 de julio) según la cual existe enriquecimiento injustificado por parte de la perceptora de la indemnización por la ocupación, cuando la propiedad se había transmitido con anterioridad al pago de la citada compensación, toda vez que aquella no había sido quien realmente sufrió el daño que venía a reparar la indemnización. Dado que los primeros propietarios del inmueble transmitido no pudieron físicamente transmitir la porción por la cual se percibe la indemnización, la Sala Primera estima que la segunda propietaria se enriquece injustificadamente. La razón descansa en que, pese a no haber comprado esa parte de bienes comunes ocupados por la Administración, recibe una indemnización que satisface el valor de la pérdida, una pérdida que no ha podido tener porque no compró la casa con la parte de elementos comunes irregularmente cedidos. (STS de 3 de junio de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Desde octubre de 1991, la Comunidad de Madrid había ocupado ilegítimamente parte de los terrenos de la urbanización donde habían residido Salvador y Alfonsa, primero, y donde después residió Noemí. Como consecuencia de esa ocupación ilegítima, Noemí había percibido 22.224,60 euros, como propietaria de uno de los inmuebles comunitarios afectados por dicha ocupación. Salvador y Alfonsa habían vendido a Noemí ese inmueble el 20 de octubre de 1998. En la medida en que ellos habían sufrido la ocupación y que, debido a este hecho, esos terrenos comunitarios no formaron parte de la compraventa, Salvador y Alfonsa reclamaron mediante demanda la indemnización que la Comunidad de Madrid abonó a Noemí.

El Juzgado de Primera instancia estimó íntegramente la demanda, que fue confirmada por la Audiencia Provincial. Frente a esa sentencia recurrió Noemí en apelación. (A. I. R. A.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. Propiedad. Adquisición del adjudicatario no irrevindicable por nulidad del proceso ejecutivo.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que el adjudicatario de un bien inmueble, ejecutado por embargo por incumplimientos del propietario registral pero no real, no queda protegido por el artículo 34 LH frente al propietario extrarregistral, si no adquirió de forma irrevindicable. En concreto, el Tribunal Supremo aclara que adjudicatario no adquiere de forma irrevindicable cuando la notificación del proceso ejecutivo se realizó al propietario registral-deudor por edictos, sin que el órgano judicial desplegara la actividad exigible desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y que le hubiera permitido efectuar una notifi-

cación personal. (STS de 29 de mayo de 2020; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Una mercantil vendió a S. una plaza de garaje en 1997, sin que S. inscribiera su derecho en el Registro de la Propiedad. Producidos ciertos impagos por la mercantil transmitente, se decretó el embargo de la plaza de garaje en ejecución de la sentencia dictada en el proceso monitorio previo. El proceso ejecutivo fue notificado por edictos a la mercantil y la plaza de garaje fue adjudicada a A en 2014. Con todo, S. se personó en el procedimiento de ejecución, impugnó el decreto de adjudicación y promovió incidente de nulidad de actuaciones antes de que se inscribiera la adjudicación en el Registro de la Propiedad, pero sus solicitudes fueron desestimadas, siendo remitida a un declarativo posterior. Así las cosas, S. interpuso una demanda contra el ejecutante, el deudor ejecutado y la adjudicataria, mediante la que solicitaba que se declarara la nulidad de la ejecución con fundamento en la falta de validez de las actuaciones procesales conducentes a la enajenación forzosa del bien embargado al haberle producido indefensión. Asimismo, solicitaba que se declarase su derecho de propiedad sobre la plaza de garaje, que no habría sido adquirida de manera irrevindicable por la adjudicataria dada la ausencia de buena fe. Frente a ello, la adjudicataria alegó que debía ser mantenida en su adquisición por estar protegida por el artículo 34 LH dado que su adquisición era irrevindicable y que su buena fe había de ser presumida.

El Tribunal Supremo aclaró que la mera adquisición por subasta no hace irrevindicable la adquisición del bien por el adjudicatario pues, cuando el bien pertenece a un tercero, el adjudicatario solo queda protegido en su adquisición si se cumplen los requisitos que, con carácter general, establece para las adquisiciones *a non domino* la legislación sustantiva a que se remite el artículo 594.1 LEC, legislación que requiere tanto la validez del acto adquisitivo (art. 33 LH) como la buena fe y la inscripción del adquirente (art. 34 LH). Por lo tanto, debe evaluarse si el acto adquisitivo (proceso ejecutivo) fue válido. En este sentido, el Tribunal Supremo recordó que es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional que la notificación al ejecutado por edictos, sin agotar otras modalidades más garantistas, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

En el caso concreto, consideró el Tribunal Supremo que habría bastado consultar el Registro Mercantil para conocer los datos necesarios para efectuar la notificación personal al deudor, por lo que debía concluirse que el órgano judicial no desplegó la actividad exigible desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Así pues, concluyó que esta anomalía de origen viciaba con nulidad desde la raíz todo el procedimiento seguido, lo que afectaba a las pretensiones de la demandante ya que el deudor, de haber sido notificado personalmente, podría haber alegado y probado que la plaza embargada ya no le pertenecía. Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo declaró que la adjudicataria no adquirió de modo irrevindicable. (A. A. O.)

DERECHO DE FAMILIA

22. Circunstancias que permiten limitar temporalmente la atribución de la vivienda familiar en presencia de hijos menores de edad.—La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 CC. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores (arts. 14 y 39 CE).

Sin embargo, existen dos supuestos excepcionales que pueden mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 CC. El primero de estos supuestos es el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. El segundo de los supuestos es que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios. (**STS de 2 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Laura interpone demanda de divorcio contra Carlos. La demanda es estimada, atribuyéndose a la hija menor de ambos y a la madre el uso y disfrute de la vivienda familiar.

Carlos recurre la sentencia de primera instancia. El recurso de apelación es estimado, por lo que se limita el uso de la vivienda que fue familiar a seis meses desde que se dicta la sentencia de apelación.

Laura interpone recurso de casación. El recurso es estimado, pues resulta contraria la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la no posibilidad de limitación temporal de la atribución del uso del domicilio familiar a los hijos menores de edad, y ante la ausencia de los dos únicos factores que sí permitirían esta limitación temporal. (*T. R. C.*)

23. El carácter temporal de la pensión compensatoria del artículo 97 CC.—Según el artículo 97 CC, la compensación podrá consistir en una pensión (temporal o por tiempo indefinido) o en una prestación única. La cuestión está en determinar los criterios que deben servir de pauta al fin de establecer esa prestación temporal. El establecimiento de un límite temporal para su percepción depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta una exigencia que obliga a tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, especialmente aquellas comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC. Estos permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, manejando criterios de certidumbre. El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio.

La fijación temporal de la pensión ha de partir de la convicción del tribunal de que, dentro del plazo fijado, se ha de poder restaurar el equilibrio por los propios medios del cónyuge beneficiario. Cuando no existe tal convicción, lo oportuno es el establecimiento de la pensión con carácter indefinido, lo que no implica: 1) el derecho a cesar en la búsqueda de tal restauración del equilibrio mediante ingresos propios; 2) la imposibilidad de solicitar una modificación de medidas cuando tal búsqueda no se produce con la finalidad de mantener el percibo de la pensión por parte de quien se beneficia de ella.

Es posible la modificación de la medida en un futuro. Cualquiera que sea la duración de la pensión, nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de los artículos 100 y 101 CC, siempre lógicamente que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas (alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores). (**STS de 3 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El Juez de Primera Instancia acordó, a instancia de S, la disolución por divorcio del matrimonio contraído por ella con R. En lo que aquí interesa, se estableció una pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de S a abonar por R, por un importe de 200 euros mensuales y con una duración de 2 años pagadera en 12 mensualidades y en la cuanta que se designe al efecto por la misma.

Dicha sentencia fue objeto de recurso de apelación por S pretendía que se revocase únicamente el pronunciamiento relativo a la pensión compensatoria, interesando que se le fijase una pensión de 1.000 euros mensuales de forma vitalicia. Por su parte, el demandado impugnó la resolución apelada y solicitó que se declarase no haber lugar a reconocer el derecho a pensión compensatoria a favor de la esposa. La Audiencia Provincial estableció a favor de S una pensión compensatoria de 500 euros mensuales, con una duración de siete años. Según la Audiencia, era difícil que S tuviera posibilidades concretas de desarrollar una actividad laboral, tal como concluyó el Juez de Primera Instancia, no solo por la edad y la falta de cualificación profesional, que se ha dedicado durante 25 años a las tareas del hogar y cuidado de sus hijas, sino también porque tiene reconocido un grado de discapacidad del 40%. Concurren, por tanto, varias de las circunstancias recogidas en el artículo 97 CC para el establecimiento de la pensión compensatoria. Además, resulta evidente que mientras R ha podido progresar profesionalmente, S carece de expectativas laborales.

La actora interpone recurso de casación contra la anterior sentencia, alegando la infracción en la aplicación e interpretación del artículo 97 CC, en relación con la temporalidad de la pensión compensatoria. Entiende la recurrente que el desequilibrio económico puede superar el plazo de 7 años fijado por la Audiencia Provincial. Recuerda que tendrá 60 años cuando termine ese período de 7 años de pensión compensatoria reconocido, siendo previsible, con alta probabilidad y certidumbre, que le va a ser imposible acceder al mercado laboral y que el hecho de alcanzar la edad de jubilación no va a suponer ningún cambio, pues no podrá optar a ningún tipo de

prestación, pues no tiene período cotizado, al haberse dedicado durante 25 años al cuidado de la familia.

El Tribunal Supremo señala que la Audiencia Provincial no hace un juicio prospectivo con certidumbre o con índices de probabilidad, al colegir que en el plazo de 7 años el desequilibrio puede superarse. Basa ese juicio prospectivo para fijar una limitación temporal a la pensión compensatoria en el patrimonio heredado por la recurrente. Sin embargo, no aprecia el Alto Tribunal con certidumbre o índice alto de probabilidad que, en el plazo de 7 años, obtenga la recurrente liquidez de dicho patrimonio hereditario. Así, no tiene sentido fijar ese límite temporal, pues si las actuales condiciones no se hubiesen alterado al llegar esa fecha, la recurrente se vería con grandes dificultades económicas, sobre todo si se tiene en cuenta que el recurrido percibirá una pensión contributiva en su momento, mientras que la recurrente, por no cotizar al dedicarse al hogar e hijos, se va a ver privada de disfrutarla. Por tanto, el Alto Tribunal termina estimando el recurso de casación, concediendo a S esa pensión, pero sin sujetarla a límite temporal alguno.

NOTA.—El Tribunal Supremo se ha pronunciado en repetidas ocasiones en relación con la pensión compensatoria del artículo 97 CC. En particular, respecto a las siguientes cuestiones: a) la posibilidad de establecer la pensión con carácter temporal con arreglo a las circunstancias (SSTS de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, 17 de octubre y 21 de noviembre de 2008, 29 de septiembre de 2009, 28 de abril, 29 de septiembre y 4 de noviembre de 2010, 14 de febrero, 27 de junio y 5 de septiembre de 2011 y 10 de enero de 2012); b) los factores necesarios para determinar la pensión compensatoria (SSTS de 19 de enero y 4 de noviembre de 2010, 14 de febrero y 27 de junio de 2011 y 23 de octubre de 2012); c) la necesidad de que exista certidumbre o potencialidad real para superar el desequilibrio económico a la hora de establecer una pensión temporal (SSTS de 10 de febrero de 2005, 2 de junio de 2015 y 11 de diciembre de 2018); d) el impacto de la liquidación del régimen económico matrimonial en la determinación de la pensión compensatoria (SSTS de 19 de enero de 2010, 24 de noviembre de 2011, 16 de mayo de 2016 y 2 de octubre de 2017); e) la posibilidad de modificar la pensión compensatoria en el futuro si cambian las circunstancias (SSTS de 3 de octubre de 2008, 27 de junio de 2011, 23 de octubre de 2012 y 2 de junio de 2015). (S. L. M.)

DERECHO DE SUCESIONES

24. Legado de cosa cierta. Ineficacia. Cosa Juzgada. Impugnación de acuerdos sociales.—Según el artículo 882.1 CC, la titularidad sobre la cosa o derecho legados, siempre que sean algo específico y determinado, pasa *recta via* del causante al legatario, esto es, sin mediación del heredero. Con todo, por una sentencia firme dimanante de un proceso anterior, el legatario demandante se ha visto privado del legado de las acciones de la sociedad y este ha dejado de existir. En efecto, tanto el juzgado de primera instan-

cia como la audiencia entendieron que el tutor, antes del fallecimiento del causante, había tergiversado con fraude la voluntad del testador, al vaciar la herencia para incorporar la mayoría de los bienes y derechos a la sociedad Comercial Vascongada Recalde (37 millones de euros), cuyas acciones al portador había dejado el causante a los dos legatarios demandantes (hermano y padre del tutor), de tal forma que el legado que se solicitaba no coincidía con el que dispuso el testador en su testamento. El Tribunal Supremo, en la STS de 19 de julio de 2018, confirmó la privación de los legatarios demandantes del derecho al legado sobre las acciones de la sociedad. Bajo el efecto de cosa juzgada material en sentido positivo que genera la STS de 19 de julio de 2018, que priva al legatario demandante de su derecho al legado, ya no estamos ante un supuesto de legado sobre cosa específica y determinada. La ineficacia de los legados comporta que el demandante/impugnante no tuviera derecho de asistencia a la junta general, ni a la impugnación de los acuerdos sociales. Consiguientemente, los herederos y el albacea, al suceder al causante tras su fallecimiento, estaban facultados para hacer uso de los derechos políticos que conferían las acciones al portador de la sociedad Comercial Vascongada Recalde y acordar en una junta universal los acuerdos objeto de impugnación en el presente procedimiento. (STS de 28 de mayo de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Comercial Vascongada Recalde S. A. U. es una sociedad por acciones al portador, fundada en 1956 por Luis Ángel, quien hasta el momento de su muerte tenía la totalidad del capital. Luis Ángel falleció el día 8 de marzo de 2009, soltero y sin descendencia. El 3 de abril de 2006 había otorgado testamento, en el que legaba a su hermano Isidro y su sobrino Ildefonso, por iguales partes, sus acciones de la compañía Comercial Vascongada Recalde. También instituía herederos universales a Abelardo y al Convento de Madres Clarisas de Lerma. En el momento de otorgarse el testamento, el capital social de Comercial Vascongada Recalde era de 60.101,21 euros, dividido en 2.000 acciones de 30,05 euros cada una de ellas. Con posterioridad al otorgamiento del testamento, por sentencia de 21 de septiembre de 2007, Luis Ángel fue incapacitado. Se nombró tutor a su sobrino Ángel, quien más adelante devendría en legatario por la muerte de su padre Isidro. El tutor, ejercitando los derechos políticos de las acciones que el tutelado tenía en la sociedad Comercial Vascongada Recalde, celebró dos juntas de accionistas: en la primera, de 14 de noviembre de 2007, cesó a Luis Ángel como administrador y se nombró a sí mismo (el tutor) administrador; en la segunda, celebrada el 28 de diciembre de 2007, aprobó un ampliación de capital social por importe de 37.525.813 euros, con emisión de nuevas acciones al portador que fueron íntegramente suscritas por el socio único. Con ello, se incorporaba al legado el resto del patrimonio del incapacitado y, de facto, se dejaba sin contenido la institución de heredero. Fallecido Luis Ángel el 8 de marzo de 2009, sus herederos celebraron una junta de accionistas el 3 de junio de 2009, en la que, por una parte, cesaron a Ángel como administrador de la sociedad y nombraron para el cargo a Lucio, y, por otra, acordaron dejar sin efecto los acuerdos

adoptados en la junta universal celebrada por los legatarios el 22 de mayo de 2009.

Uno de los legatarios, Ildefonso, impugnó los acuerdos adoptados en la junta de accionistas de 21 de julio de 2009, y solicitó la nulidad de tales acuerdos. La impugnación se fundaba en la existencia de defectos de constitución de la junta, porque no fueron convocados los legatarios, razón por la cual la junta universal no se constituyó válidamente, pues, conforme a los artículos 882 y ss. CC, eran los legatarios quienes tenían la consideración de socios, en cuanto que habían adquirido la propiedad de la cosa objeto del legado desde el fallecimiento del testador.

El juzgado de lo mercantil estimó la demanda, pues consideró que los legatarios habían adquirido la propiedad de las acciones desde el fallecimiento del testador, por lo que los acuerdos adoptados en una junta general posterior, celebrada sin su asistencia y voto, son nulos. La sentencia de apelación desestimó el recurso de la sociedad demandada. Consideró, resumidamente, que el legado era de cosa específica y determinada, por lo que las acciones no formaban parte del caudal hereditario sobre el que habían de versar las operaciones particionales. Por ello, conforme al artículo 48 TRLSA, la condición de socio y los derechos reconocidos en la Ley y en los estatutos al titular legítimo de las acciones correspondía a los legatarios, por lo que confirmó que los acuerdos adoptados en la junta de 21 de julio de 2009 eran nulos. La sentencia de la Audiencia Provincial ha sido recurrida en casación por Comercial Vascongada Recalde. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

25. El legado de cosa cierta.—Para que exista un legado de cosa específica es indispensable la presencia de un objeto cierto, es decir, plenamente identificado e individualizado sin necesidad de operación alguna, sobre el que pueda reclamarse su posesión por el legatario. De acuerdo con el artículo 882 CC, cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquel muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando este se halle autorizado para darla, pues no puede ocuparla por sí (art. 885 CC). Esto implica que, en caso de existir varios legatarios de un mismo bien, se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los artículos 392 CC. La entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado y una circunstancia necesaria para que el legatario pueda disfrutar por sí mismo de la cosa legada. Por tanto, la adquisición por el legatario no resulta efectiva de forma inmediata, sino de forma mediata, otorgando al legatario una acción personal *ex testamento* para pedir la entrega del legado frente al heredero, e incluso una acción reivindicatoria contra todo tercero que tenga la cosa legada en su poder.

Distintos son los legados de parte alícuota, que constituyen una figura intermedia o *sui generis* entre el legado y la herencia propiamente dichos. La nota común es que, a la muerte del causante, el legatario y el heredero adquieren un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar materialmente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes. Además, a ambos

les afecta por la responsabilidad referente a gastos comunes de la partición. Frente a ese derecho abstracto del legatario de parte alícuota, el del legatario de cosa específica y determinada es un derecho concreto, de forma que, a la muerte del causante, lo que adquiere el legatario no es simplemente el derecho al legado (art. 881 CC), entendido como un mero derecho de crédito frente al heredero, sino directamente la propiedad de la cosa legada (art. 882. I CC). Esto genera dos consecuencias: 1) hace suyos los frutos y rentas pendientes al tiempo del fallecimiento del causante; 2) los riesgos de pérdida y deterioro los sufre el legatario, de la misma manera que también se aprovecha de su aumento o mejora (art. 882. II CC).

Subordinación de los legados al previo pago de las deudas del causante y al principio de intangibilidad de las legítimas.—El conjunto de la masa hereditaria se encuentra afecto, durante la pendencia de la aceptación y división de la herencia: 1) al principio de responsabilidad patrimonial del artículo 1911 CC, respecto de las deudas del causante; 2) a la limitación que a la libertad de testar impone el régimen legal de las legítimas en el Derecho civil común español (arts. 817 a 820 CC). Esto hace que el derecho de los legatarios esté subordinado al previo pago de las deudas del causante y de la porción legitimaria que corresponda a cada uno de los herederos forzosos. Y como medida de garantía, es preciso que previamente al pago o entrega de los legados se realicen las correspondientes operaciones de inventario y liquidación de deudas y, en su caso, partición de la herencia (incluyendo, además del inventario, el avalúo de los bienes y derechos, la colación, imputación, abono recíproco de las rentas y frutos que cada uno de los coherederos haya percibido de los bienes hereditarios y, en su caso, la división y adjudicación de bienes). Así, la transmisión de la propiedad de la cosa específica y determinada del testador objeto del legado está subordinada a que el legado quepa en la parte de bienes de los que el testador puede libremente disponer.

La previa liquidación de la sociedad de gananciales para fijar la masa hereditaria.—Disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges, o sus herederos, individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes gananciales, sino que la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo. Únicamente cuando concluyan las operaciones encaminadas a su liquidación, aquella cuota sobre la masa patrimonial será sustituida por las titularidades singulares y concretas que a cada uno de los excónyuges o sus herederos se adjudique en la liquidación. Por tanto, con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales (incluidas las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos), pues solo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible.

Además, el artículo 1380 CC admite el legado de un bien ganancial en su integridad, por lo que no hay razón para impedir ni el legado de una cuota ni tampoco el legado de los derechos que le correspondan al testador sobre un bien ganancial. Sin embargo, la eficacia de estos legados dependerá de lo que resulte al liquidar la sociedad de gananciales. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el legado de los derechos que correspondan al testador sobre un bien ganancial, se limita a la mitad indivisa del bien, si esa parte es adjudicada al causante en copropiedad con el otro cónyuge o sus herederos o al valor de la mitad del bien en el caso de que sea adjudicado íntegramente al otro cónyuge.

Legítima del cónyuge viudo.—El Alto Tribunal ha negado que el cónyuge viudo deba responder por las deudas hereditarias, a pesar de tener la cualidad de heredero a los efectos de reconocerle el derecho de intervenir en las operaciones particionales o a los de negarle la posibilidad de ser contador-partidor. El propio artículo 807.3 CC declara que el viudo o viuda es heredero forzoso solo en la forma y medida que establece el CC, es decir, de una forma limitada y no absoluta. A pesar de ello, el viudo o viuda es legitimario, siendo la ley la que le atribuye directamente la legítima (sucesor *ex lege*) y se le concede un derecho a promover el juicio de división de la herencia (art. 782.1 LEC). **(STS de 26 de mayo de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 19 de diciembre de 2014 falleció E, casado en segundas nupcias con EA, bajo el régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales, y dejando dos hijas de un anterior matrimonio, las aquí demandadas P y J. En su testamento, otorgado el 13 de mayo de 2013, había establecido una serie de disposiciones. Entre ellas, un legado a favor de su esposa (EA) y de los hijos que tuvo con dicha esposa (D y C), consistente en unas plazas de garaje y la entrega de dinero. Los legatarios reclamaron de las citadas hijas y herederas universales, P y J, el otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas de entrega de las plazas de garaje y la entrega del dinero objeto de los respectivos legales. El requerimiento fue contestado por las requeridas, alegando la necesidad de proceder, con carácter previo a dicha entrega, a la liquidación de la sociedad de gananciales y a la partición de la herencia, así como a la rendición de cuentas, por parte de la viuda y legataria, respecto de otros bienes de la herencia que no guardaban relación con los legados, en cuanto a los frutos y rentas percibidos tras el fallecimiento del causante. Los legatarios interpusieron demanda contra las herederas en la que interesaban que se dictara sentencia por la que se las condenara a entregar los legados.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por considerar que: 1) a la entrega de los legados debe preceder la liquidación y partición de la herencia, por ser esta la única forma para determinar si los legados ordenados se encuentran dentro de la cuota de la que puede disponer el testador; 2) la petición de entrega del legado exige que se haya formado inventario y haya transcurrido el tiempo para deliberar, pues hasta que no se liquide la herencia y se sepa si hay bienes suficientes para aplicar al pago de los legados, no se puede asegurar que no sea necesaria la reducción de los mismos.

Los demandantes recurren la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso, al considerar que: a) antes de la entrega del legado es preciso proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales para fijar el caudal hereditario, y proceder al inventario, liquidación y partición de la herencia, para poder determinar que los legados no excedan de la parte de que puede disponer libremente el testador; b) no son atendibles los argumentos de los demandantes relativos a que la entrega de los legados queda al libre arbitrio de las herederas obligadas, pues la viuda EA, además de

legataria, tiene el carácter de heredera forzosa y, por tanto, acción para pedir la división judicial de la herencia.

Los demandantes recurren en casación, alegando: 1) la infracción del artículo 1025 CC, que solo es de aplicación cuando el heredero ha aceptado la herencia a beneficio de inventario o ha pedido la formación de inventario judicial o notarial antes de aceptar para deliberar sobre ese punto, y no a toda sucesión, algo que aquí no ocurre; 2) la infracción del artículo 885 CC, que obliga al heredero a entregar al legatario de cosa cierta y determinada el bien objeto de legado y otorga a esta acción para reclamarlo. El Tribunal Supremo desestima el recurso, llegando a la misma conclusión que las sentencias de las instancias inferiores.

NOTA.—Sobre los legados de cosa específica, *vid.* las SSTs de 3 y 4 de junio de 2019. En relación con la obligación del legatario de pedir la entrega de la cosa legada al heredero o albacea, *vid.* las SSTs de 21 de abril de 2003, 25 de mayo de 1992, 29 de mayo de 1963, 3 de junio de 1947 y 19 de mayo de 1947. En cuanto a la necesidad de que el legado de cosa específica y cierta quepa en la parte de bienes de que el testador puede disponer libremente, *vid.* la STS de 6 de noviembre de 1934. Respecto a los legados de parte alícuota, *vid.* las SSTs de 25 de junio de 2008 y 16 de octubre de 1940. Y sobre las diferencias de la posición del cónyuge viudo con respecto a la del sucesor universal genuino, *vid.* la STS de 11 de enero de 1950. (S. L. M.)

26. Naturaleza de las subvenciones agrícolas (PAC).—Conforme al artículo 355 CC, las subvenciones agrícolas (PAC) encajan en el concepto de «frutos», y en particular dentro del concepto de «frutos industriales», en cuanto con ellos se corresponde el beneficio económico o utilidad que, como rendimiento patrimonial, genera la explotación. La normativa de la política agraria comunitaria no asigna los «derechos de pago único», dimanantes de las subvenciones, a las fincas, sino a los agricultores que las explotan en virtud de algún título civil que les habilite para ello. En el presente caso el título que permitió disfrutar a Antonia de los reiterados «derechos de pago único» fue el derecho de usufructo sobre las 61,05 hectáreas de fincas rústicas procedentes de la herencia de su marido, que generaron correlativamente los 61,05 derechos de pago único litigiosos (art. 471 CC). Usufructo que se extinguió por el fallecimiento de la citada usufructuaria, conforme al artículo 513.1.º CC, correspondiendo los derechos devengados a partir de dicha fecha a los nudo propietarios (arts. 474 y 475 CC), que en virtud de aquella extinción consolidaron el pleno dominio de las fincas y con ello el pleno derecho a su disfrute (art. 522 CC). (**STS de 4 de junio de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Antonia adquirió a título de herencia el derecho de usufructo sobre una pluralidad de fincas rústicas que formaban parte del caudal relicto de su cónyuge, Edemiro, fallecido en 2003. El citado causante, en su condición de titular de la explotación agraria de las citadas fincas rústicas, tenía reconocido la condición de beneficiario de derechos de ayuda a la renta agrícola de la política agrícola común (PAC). Tras el fallecimiento de Edemiro, las

citadas ayudas públicas se transformaron, en virtud de la entrada en vigor del Real Decreto 1617/2005, de 30 de diciembre, en «derechos de pago único» que la Consejería correspondiente reconoció formalmente a la viuda de Edemiro, como usufructuaria de las fincas relictas, y que esta percibió hasta su fallecimiento el día 9 de enero de 2009. A partir de esta fecha tales derechos fueron percibidos por los demandados en su condición de herederos de Antonia.

Ricardo y Rodrigo, como causahabientes de Edemiro, interpusieron demanda contra los herederos de la citada usufructuaria, en la que interesaban la condena de los demandados a devolver la plena propiedad de los 61,05 «derechos de pago único» y a pagar a los actores las cantidades que la Conserjería de Agricultura hubiera abonado a los demandados a partir de 9 de enero de 2009. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, en cuanto a la condena a la devolución a los actores de los 61,05 «derechos de pago único», por considerar que estos derechos tienen el carácter de frutos civiles de las fincas usufructuadas, no de derechos autónomos, y como tales debieron dejar de devengarse a favor de la usufructuaria desde su fallecimiento, correspondiendo desde entonces a los herederos nudo propietarios. La sentencia desestima la demanda también en parte, en cuanto a la solicitud de la devolución de las cantidades percibidas por los demandados desde el fallecimiento de la usufructuaria, por considerar extemporánea dicha petición, ya que desde el fallecimiento de la usufructuaria «los derechos figuraban a nombre de los demandados por lo que para generar el derecho a percibir el pago único que se reclama hubiera sido necesario ostentar la titularidad de los derechos cosa que no se hizo en tiempo oportuno». Recurrida la sentencia de primera instancia por los demandantes, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación al considerar que también debió estimarse la demanda en cuanto a la reclamación del abono de las cantidades percibidas por los herederos de la viuda usufructuaria desde su fallecimiento, al estimar los «derechos de pago único» como frutos de la explotación de las parcelas propiedad del causante de los demandantes, que una vez consolidado el pleno dominio por la extinción del usufructo pertenecen al propietario por aplicación del artículo 472. 2.º CC. Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia Provincial por los demandados, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.ª M. F.*)

DERECHO MERCANTIL

27. Uso efectivo de una marca denominativa en una forma distinta a aquella en la que está registrada (y caducidad).—La Sala Primera declara que existe un uso acreditado, real y efectivo (art. 39 Ley 12/2001, de marcas) de una marca denominativa, cuando esta aparece en una etiqueta o directamente en el envase de los productos para los cuales está registrada junto con otros signos distintivos, los cuales no están propiamente registrados como marca denominativa; ello siempre que tales signos distintivos no registrados permitan al consumidor medio identificar el producto con la marca, como

indicativa del origen empresarial del producto (STS de 28 de mayo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La sociedad T obtuvo en el año 2000 la concesión de la marca denominativa núm. 2.236.221 «La Estrella del Rock» para los siguientes productos de la clase 32 del nomenclátor internacional: cervezas; aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas; bebidas y zumos de frutas; siropes y otras preparaciones para hacer bebidas. Mediante esa marca, T identificó y publicitó bebidas energéticas (las cuales se identifican gráficamente en la sentencia del Tribunal Supremo). La sociedad Rockstar Inc. Solicitó la caducidad de dicha marca por falta de uso y, subsidiariamente, la caducidad parcial.

El Juzgado de Primera Instancia entendió acreditado que la marca había sido usada solo para bebidas energéticas, razón por la cual declaró la caducidad parcial de esta marca respecto del resto de los productos para los que estaba inicialmente concedida.

Rockstar recurrió esta sentencia, solicitando la caducidad total de la marca. La Audiencia Provincial desestimó este recurso, por entender acreditado su uso para bebidas energéticas, así como en publicidad en la televisión canaria y en furgonetas durante el carnaval.

La sentencia fue recurrida por Rockstar únicamente en casación. (A. I. R. A.)

28. Contrato de transporte continuado e indefinido. Concepto y naturaleza.—El contrato de transporte continuado e indefinido, de naturaleza sinalagmática, en los términos del artículo 8 Ley del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (LCTTM), es aquel en que el transportista o porteador se obliga frente al cargador a realizar una serie o pluralidad de prestaciones de transporte a cambio de un precio.

Contrato de transporte continuado e indefinido. Régimen del incumplimiento.—Aunque el contrato de transporte continuado, como relación de tracto sucesivo, difiere del contrato de transporte puntual, por tratarse este último de un contrato de obra, a efectos de incumplimiento se le aplican las normas específicas del régimen jurídico del contrato de transporte sobre responsabilidad contractual del porteador (art. 6.1 LCTTM) y las generales sobre incumplimiento contractual del Código civil (art. 1124 CC).

Contrato de transporte continuado e indefinido. Preaviso de extinción y analogía con el contrato de agencia.—El artículo 43.2 LCTTM permite la extinción de los contratos de transporte continuado indefinidos mediante la denuncia hecha de buena fe por cualquiera de las partes, que se notificará a la otra por escrito, o por cualquier otro medio que permita acreditar la constancia de su recepción, con un plazo de antelación razonable, que en ningún caso podrá ser inferior a treinta días naturales. No obstante, no contiene ninguna previsión sobre la posible indemnización que corresponda por falta del indicado preaviso. Ante lo cual, debemos tener en cuenta que los contratos de transporte continuado son de naturaleza colaborativa, de confianza y duraderos. Estas características, y otras como la independencia del transportista, su actuación en nombre y por cuenta ajena, la continuidad y estabilidad de la relación y la retribución de la prestación, lo asemejan al

contrato de agencia, puesto que, en el transporte continuado el transportista es un empresario autónomo que realiza el transporte en nombre y por cuenta del cargador, siguiendo sus instrucciones y transmitiendo la información relevante a su principal, lo que presenta claras similitudes con la definición de agencia contenida en el artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (en adelante, LCA). En consecuencia, en casos de resolución unilateral injustificada y sin preaviso, ante la falta de regulación expresa en el artículo 43.2 LCTTM sobre los daños y perjuicios causados por la falta de preaviso, cabe aplicar análogicamente lo previsto en el artículo 25 LCA.

Contrato de transporte continuado e indefinido. Preaviso de extinción y justa causa.—El preaviso por la resolución *ad nutum* del contrato de transporte continuado comporta la exigencia de que no exista justa causa en la decisión, porque cuando existe tal justificación se trata de un supuesto de resolución unilateral de la relación obligatoria por incumplimiento contractual de la contraparte, que no requiere plazo de preaviso alguno.

Contrato de transporte continuado e indefinido. Ausencia de preaviso: infracción de deberes.—La falta de preaviso, que permitiera al transportista reorientar su actividad comercial, supone una infracción de los reseñados deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de una relación contractual, sin que concurra ninguna circunstancia que justifique su omisión.

Contrato de transporte continuado e indefinido. Ausencia de preaviso: alcance de los perjuicios.—Los perjuicios derivados del incumplimiento de este preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, al amparo de lo previsto en el artículo 1106 CC, tal y como es interpretado por la jurisprudencia para este tipo de contratos.

Contrato de transporte continuado e indefinido. Cálculo del lucro cesante.—En relación con el lucro cesante, esto es, con la determinación o cálculo de la ganancia que haya dejado de obtener el agente, o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el agente esperaba obtener y que se han visto frustrados por la resolución unilateral del empresario, sin el debido preaviso, esta sala ha considerado que acudir al beneficio medio mensual obtenido durante los últimos cinco años del contrato de agencia, y proyectarlo sobre los seis meses posteriores al preaviso en que habría continuado el contrato de agencia, puede ser una manera razonable y correcta, aunque no la única, de calcular estimativamente el beneficio dejado de obtener con el incumplimiento del deber de preaviso, conforme a la doctrina jurisprudencial

Contrato de agencia. Ausencia de preaviso.—La jurisprudencia, en relación con dicha circunstancia en el contrato de agencia, afirma que la mera ausencia de preaviso, en sí misma considerada, no comporta la concesión automática de la indemnización prevista en el artículo 29 LCA. No obstante, el preaviso es una exigencia derivada del principio de buena fe contractual con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles. Aunque el preaviso no es un requisito de validez para la resolución de los contratos de duración indefinida, un ejercicio de la facultad resolutoria sorpresivo o inopinado, sin margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo del derecho, o constitutivo de una conducta desleal o de mala fe en el ejercicio de los derechos, que, si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela.—La jurisprudencia ha optado por el margen neto, en atención a que en un contrato de distribución no existen remuneraciones como las que percibe el agente, sino márgenes comerciales, así, en el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el citado artículo 28 LCA, pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor. Esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público, cuyo importe tendrá el carácter de máximo. (STS de 25 de mayo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La representación procesal de F., presentó demanda contra la mercantil E. T. F., SA como consecuencia de la resolución unilateral de contrato de arrendamiento de servicios, solicitó que se le indemnizara con cierta cantidad de dinero, ya que el actor de forma regular y como trabajador autónomo, prestaba servicios de transporte en exclusiva para la compañía demandada durante más de 11 años, cuando se le se le comunicó verbalmente que desde ese momento no le iban a encargar más transportes y daban por finalizada su relación comercial. La parte demanda se opuso a la demanda y solicitó su desestimación. El Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona desestimó la demanda, porque consideró que la resolución unilateral respondía a justa causa y no correspondía indemnización alguna. La parte actora interpuso recurso de apelación que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, por los siguientes y resumidos motivos: la relación jurídica entre las partes era de contrato de transporte continuado (art. 8 de la Ley de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, LCTTM); el comitente incumplió el plazo de preaviso establecido en el artículo 43.2 LCTTM; la resolución unilateral del contrato no estuvo justificada; corresponde una indemnización equivalente a la media de cuatro meses de facturación durante el último año completo de duración del contrato; como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y estimó en parte la demanda, condenando a la demandada a indemnizar al actor. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

29. Contrato de franquicia. Resolución por incumplimiento recíproco y liquidación. Efectos retroactivos y limitaciones respecto a las obligaciones de tracto sucesivo. El *know how* del franquiciador como prestación de tracto único.—En criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo la doctrina jurisprudencial sobre la limitación de los efectos restitutorios *ex tunc* de la resolución de los contratos de tracto sucesivo no resulta de aplicación a la contraprestación abonada por la transmisión del *know how* (canon de entrada en la franquicia). En consecuencia, resuelto el contrato por incumplimientos recíprocos, la franquiciadora debe restituir a la franquiciada el importe del canon de otorgamiento de la franquicia en la parte correspondiente a la proporción entre la duración efectiva del contrato, hasta su resolu-

ción, y la total duración inicialmente prevista en su clausulado. (STS de 4 de junio de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 4 de octubre de 2014, D. S. L., como franquiciada, suscribió con G. S. L. U., como franquiciador, un contrato privado para la explotación en régimen de franquicia de un centro de «Electro-Body-Center». Como consecuencia de la firma de dicho contrato, la franquiciadora permitía a la franquiciada hacer uso de todos los servicios, máquinas y mobiliario que se ponía a su disposición durante toda la duración del contrato (siete años). Como contrapartida, la franquiciada debía satisfacer dos obligaciones pecuniarias: (i) la retribución por el otorgamiento de la franquicia (canon de pago único), de 29.700 euros más IVA; y (ii) los pagos de los royalties (cánones de pago mensual). Dieciséis meses después, la franquiciada interpuso demanda contra la franquiciadora por incumplimiento de sus obligaciones asistenciales, en la que interesaba declaración de resolución del contrato. La franquiciadora contestó a la demanda oponiéndose a la misma, y formuló demanda reconvenzional en la que solicitaba, de forma resumida, que se le indemnizara el importe invertido –156.785,47 euros– ante los incumplimientos de la franquiciada. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y, por lo que afecta al recurso de casación, condenó a la demandada a restituir la cantidad de 29.091,86 euros (la parte del canon de entrada en la franquicia proporcional al tiempo restante de duración del contrato inicialmente previsto en la fecha de la resolución –68 meses–), pronunciamiento mantenido en segunda instancia. Frente a ello, la franquiciadora interpuso recurso de casación impugnando la condena a la devolución de parte del precio de entrada por vulnerar la regla de la no retroactividad de los efectos resolutorios del contrato cuando este se refiriera a obligaciones duraderas que, total o parcialmente, se encontrasen ya consumadas.

En este sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo recordó que la resolución del contrato produce el efecto restitutorio que, como regla, tiene efectos retroactivos. Sin embargo, esta regla no puede ser mantenida con carácter absoluto. En concreto, no resulta de aplicación a los contratos de tracto continuo, en relación con las prestaciones que hubieran sido satisfechas íntegramente por las partes en el pasado, ya que las prestaciones ya ejecutadas son indestructibles. En consecuencia, resulta decisivo determinar qué se entiende por contratos de tracto sucesivo y si las prestaciones retribuidas por el canon de entrada en la franquicia pueden considerarse como agotadas e irreversibles, así como autónomas respecto de las restantes prestaciones del contrato.

A juicio del Tribunal Supremo, los acuerdos de franquicia pueden calificarse como contratos de tracto sucesivo, pero no en un sentido puro o estricto, sino como una modalidad mixta o híbrida, pues combinan la existencia de prestaciones continuadas en el tiempo con otras prestaciones de carácter sucesivo, así como con prestaciones que deben ejecutarse al comienzo de la vida del contrato. Por tanto, cabe apreciar una correlación entre, por una parte, la retribución a través de los royalties de las prestaciones continuadas y sucesivas; y, por otra parte, la retribución consistente en el

pago del canon inicial y la prestación consistente en la «entrada en la franquicia» (inicial autorización del uso de la marca; la dotación de aquellos bienes materiales e inmateriales; y, especialmente, la transferencia de conocimiento y experiencia –*know how*–).

Pues bien, el Tribunal Supremo aclaró que la transferencia del *know how* constituye un presupuesto necesario para posibilitar el ejercicio de las facultades de explotación comercial del franquiciado, y en tal sentido, aunque se trata de una prestación diferente y previa, no es autónoma sino interdependiente del resto de prestaciones del franquiciador. En consecuencia, no concurren los requisitos para aplicar la doctrina jurisprudencial sobre la limitación de los efectos restitutorios *ex tunc* propia de la resolución de los contratos de tracto sucesivo. Así pues, la Sala Primera del Tribunal Supremo declaró procedente la restitución del importe del canon de otorgamiento de la franquicia en la parte correspondiente a la proporción entre la duración efectiva del contrato, hasta su resolución, y la total duración inicialmente prevista su clausulado. (A. A. O.)

30. Derecho marítimo. Dotación del buque: concepto.—El conjunto de individuos embarcados desde capitán a paje, o que la condición de tripulante se adquiere mediante el contrato de embarque que le ligue al buque.

Contrato de Seguro Marítimo. Autonomía de la voluntad y regulación preferente.—Son de preferente aplicación las peculiaridades normativas del seguro marítimo contempladas en el Código de Comercio (CCO), que no son incompatibles con la vigencia en su ámbito del principio de la libre autonomía de la voluntad, de la que es manifestación el artículo 738 CCO, cuando dispone que la póliza del contrato de seguro contendrá, además de las condiciones que libremente consignen los interesados, las reseñadas en tal precepto; razones por las cuales, dentro de los límites de los artículos 1255 CC y 50 CCO, adquiere especial importancia, en la reglamentación de las relaciones contractuales derivadas del seguro marítimo, la llamada *lex privata* (ley privada) como expresión de la potencialidad normativa creadora de las partes a los efectos de conciliar sus recíprocos intereses.

Contrato de Seguro Marítimo. Regulación supletoria.—La jurisprudencia considera que la Ley 50/1980 es aplicable supletoriamente al seguro marítimo, en defecto de las normas del Código de Comercio sobre dicho contrato, las cuales siguen vigentes y vinculantes para los órganos jurisdiccionales y operadores jurídicos en la disciplina de tales relaciones contractuales.

Contrato de Seguro Marítimo. Cláusulas contractuales.—La naturaleza limitativa de las cláusulas contractuales y la necesidad de su suscripción por escrito ha sido reiterada por la jurisprudencia, que ha excluido la aplicación de la regla imperativa del artículo 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, en el seguro marítimo, dada la vigencia, en su ámbito, del principio de la libertad de pacto y su efecto sobre las normas dispositivas, la expresa regulación de la forma del contrato en el artículo 737 CCO, así como por la condición de empresarios que tienen las dos partes contratantes. Ahora bien, como no puede ser de otra forma, ello no quiere decir que la alegación del tomador sobre el desconocimiento de una cláusula determinada no deba provocar un juicio sobre la incorporación de la misma a la reglamentación realmente consentida, de conformidad con las reglas generales.

Contrato de Seguro Marítimo. Supuesto de irresponsabilidad de la aseguradora por falta de documentos.—La jurisprudencia considera que el artículo 756 CCO recoge supuestos de irresponsabilidad de la aseguradora por causas determinadas, aunque no se hayan excluido de la póliza, y entre ellas, el número séptimo se refiere a la falta de documentos prescritos en el Código, en las Ordenanzas y Reglamentos de Marina u omisiones de otra clase del capitán, en contravención de las Disposiciones Administrativas, a no ser que se haya tomado a cargo del asegurador la baratería del patrón, pero tal texto ha de conectarse con el párrafo primero del artículo 756, según el cual *no responderán los aseguradores de los daños y perjuicios que sobrevengan a las causas aseguradas por cualquiera de las causas siguientes.*

Contrato de Seguro Marítimo. Necesidad de nexo de causalidad.—La jurisprudencia de modo reiterado que la preposición «por», y la palabra «causa» de la regulación legal, obliga a concluir que, entre la falta de documentos y el siniestro, haya necesariamente relación de causa a efecto. (**STS de 10 de marzo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil P. C., S. L., interpuso demanda contra la aseguradora A. S. G., S. A., en la que solicitaba declárase que la demandada debe abonar, a la demandante cierta cantidad líquida, vencida y exigible, así como los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda, en base a que el buque palangrero se hundió por causas desconocidas mientras realizaba una campaña de pesca, en aguas internacionales. El siniestro se encontraba cubierto por dos pólizas concertadas con la demandada, dándose la circunstancia de que el seguro de cascos se había visto novado un año después de su suscripción aumentándose el valor del buque asegurado. La parte demandada se opuso a la demanda solicitando fuera desestimada. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra desestimó la demanda absolviendo a la demandada de los pedimentos de la actora, bajo el argumento esencial del incumplimiento de las condiciones de navegabilidad del buque, como causa de exclusión de responsabilidad del asegurador, según lo previsto en las condiciones generales, que la sentencia califica como causas de delimitación del riesgo, excluyentes de la exigencia de incorporación del artículo 3 LCS, apreciando las tres deficiencias que denunciaba la demandada, invocando como elemento de prueba esencial un expediente sancionador incoado por la autoridad marítima: la caducidad del despacho; la titulación inadecuada de la tripulación; el incumplimiento de las condiciones mínimas de seguridad de la tripulación. La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia desestimando el recurso, aunque por argumentos no exactamente coincidentes con los de instancia. En sus razonamientos, el tribunal provincial ratificó el criterio del Juzgado, en el sentido de que no constaba que el hundimiento del buque hubiera sido causado dolosa o voluntariamente por el asegurado, igualmente, consideró que no se había acreditado que las condiciones generales de sendos contratos de seguro, uno de grandes riesgos y otro de transporte de mercancías, aportadas por la demandada con su con-

testación, en las que se basó además la sentencia del Juzgado, que excluía el aseguramiento si el buque careciera de las condiciones de navegabilidad, hubieran sido entregadas a la entidad demandante y que, por lo tanto, fueran conocidas al tiempo de contratar, además, consideró que cualquier irregularidad de las normas administrativas referidas a la navegación no tiene necesariamente que afectar al seguro, reconociendo que el buque había sido despachado correctamente por las autoridades portuarias y que no se encuentran argumentos para sostener la falsedad del documento aportado que así lo acreditaba, sin perjuicio de que tal circunstancia no impide la prueba de que efectivamente se incumplieron las correspondientes exigencias de navegabilidad en el momento del siniestro. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)