

La sentencia es recurrida. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, declarando la modificación parcial de la capacidad de Laura, de modo que puede regir su ámbito patrimonial respecto de aquellos actos cotidianos.

Laura interpone recurso de casación, fundamentado no en el contenido y alcance de la modificación de la capacidad, sino en el régimen de apoyo a establecer. Solicita se nombre un curador, y no tutor. El recurso es estimado. (*T. R. C.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Compraventa de chalet con vistas al mar. Nulidad por error vicio del consentimiento. Error provocado por la información precontractual suministrada por la vendedora.—Carácter esencial del error, aunque las condiciones que lo provocan no hayan sido incorporadas materialmente al contrato.—La esencialidad se refiere a la gravedad o trascendencia que todo error, por su carácter excepcional, ha de tener para que pueda ser tomado en consideración. Se pretende evitar que alguien quiera liberarse de la obligación contraída alegando la existencia de errores sin verdadera trascendencia en la prestación del consentimiento. Ha de evitarse cualquier planteamiento meramente subjetivista que tienda a hacer recaer la esencialidad del error en la percepción íntima y personal del que lo sufre. Esta interpretación objetivadora, que vincula la esencialidad al hecho de que las circunstancias que han impulsado a una de las partes (o a ambas) a contratar estén presentes en el contrato, no exige necesariamente que se expresen materialmente en el mismo cuando de las circunstancias de toda índole que concurran en el negocio deba entenderse que fueron tenidas en cuenta como determinantes en la formación de la voluntad que da lugar al consentimiento (SSTS de 17 de julio de 2000 y 24 de enero de 2003).

Excusabilidad del error. Carácter objetivo. Concorre cuando el error ha sido provocado por la otra parte al transmitir una información incorrecta.—La excusabilidad del error no depende únicamente del hecho de que el que lo sufrió actuara diligentemente, puesto que también hay que tener en cuenta la actuación de la otra parte al objeto de determinar si su comportamiento negligente o contrario a la buena fe negocial llegó a provocar tal error. En este sentido, la STS de 18 febrero de 1994 establece que «de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante». Así pues, el error será jurídicamente relevante cuando haya sido provocado por la otra parte en base a la transmisión de una información incorrecta que dio lugar a un estado de confianza que posteriormente resulta defraudado. (**STS de 6 de febrero de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los actores habían comprado por escritura pública un chalet con vistas al mar, indicándose en la publicidad que dichas vistas eran «increíbles desde cualquier punto de la vivienda», así como que tales inmuebles respondían a la idea de «vivir en un mirador privado». Además, la vendedora trasladó una información

a los compradores que les llevó a creer erróneamente que en la parcela inmediatamente delantera solo se podría construir una vivienda compuesta de sótano y una planta, de forma que no perjudicarían las vistas que entonces disfrutaban los adquirentes. Sin embargo, en dicha parcela se construyó con posterioridad una vivienda de dos plantas, de manera que las iniciales vistas se perdieron casi por completo. Los compradores demandaron a la vendedora solicitando se declarara la nulidad del contrato por error que vició su consentimiento y, subsidiariamente, se resolviera aquél por incumplimiento de las condiciones que debían regir en el contrato. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona estimaron la demanda y declararon nulo el contrato al entender que el consentimiento había quedado viciado a consecuencia de la información facilitada a los compradores. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

7. El precontrato de opción de compra.—Es el más típico precontrato unilateral que permite al optante decidir, dentro del plazo previsto, la puesta en vigor del contrato de compraventa (SSTS de 11 de abril de 2000, 5 de junio de 2003 y 17 de marzo de 2009).

Carácter personal o real.—La opción de compra es un derecho personal, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad le da trascendencia real en el sentido de que perjudica a terceros (STS de 17 de marzo de 2009).

Perfección.—En el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada, y depende del optante únicamente que se perfeccione o no (SSTS de 24 de octubre de 1990, 23 de diciembre de 1991 y 16 de octubre de 1997).

Requisitos.—Como elementos propios del contrato preliminar la opción de compra debe contener la fijación de un plazo para el ejercicio de la opción y la existencia o no del pago de una prima por la concesión, así como cualquier otro pacto o estipulación relativos a la opción o a la futura compraventa (arras, condiciones suspensivas o resolutorias...) (STS de 2 de julio de 2008).

Obligaciones del concedente y del optante.—Las obligaciones que surgen del precontrato de opción de compra para el concedente, aún antes del ejercicio de la opción, consisten en *no disponer del bien ofrecido y mantener la oferta, sin que pueda retirarla durante el plazo estipulado, plazo dentro del cual el optante puede hacer uso de su derecho, comunicándolo al concedente, en cuyo caso, consumada la opción, se perfecciona automáticamente el correspondiente contrato de compraventa y nacen sus obligaciones* (SSTS de 22 de noviembre de 1993, 15 de julio de 2005 y 5 de julio de 2006). Pero ya antes del ejercicio del derecho potestativo de la opción surgen obligaciones también para el optante, como el pago de una prima.

Es indiscutible que el concedente queda obligado en los términos pactados y que el optante puede ejercer o no la opción, con arreglo a la estructura contractual común o habitual en el tráfico negocial de este contrato preliminar atípico.

Efectos.—Si el optante ejercita su derecho, pone en vigor el precontrato y la otra parte, la concedente, tiene el deber jurídico de celebrarlo efectivamente. Y el optante, desde el momento en que declara su voluntad de ejercicio de la opción, puede exigir dicha celebración, que se hará de mutuo acuerdo o por resolución judicial, tras el procedente proceso.

Incumplimiento de concedente: Consecuencias.—Ante tal incumplimiento el optante pueda elegir entre exigir la resolución del contrato o su cumplimiento, en ambos casos con la indemnización de los daños y perjuicios, de acuerdo con el artículo 1124 CC, y en esta última con arreglo a lo acordado en el propio contrato.

El incumplimiento de la obligación de entregar la cosa libre de cargas y gravámenes, previsto en el contrato, es esencial.—Por tanto, desencadena un efecto resolutorio al ser básico y frustrar la función del contrato celebrado (SSTS de 13 de febrero de 2009 y 17 de febrero de 2010, entre otras).

Consumación.—Es en el momento de la celebración del contrato de compraventa cuando se produce la consumación del precontrato de opción (no cuando se ejercita éste mediante la comunicación del ejercicio de la opción). Y la consumación de la compraventa se alcanzará con la entrega de la cosa y el pago del precio en los términos convenidos.

Interpretación del contrato y casación.—La interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, y la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario (SSTS de 23 de julio de 2013, 14 de mayo de 2014 y 17 de abril de 2015, entre otras).

Interpretación gramatical y la búsqueda de la voluntad real del contrato.—Aunque haya de partirse de las expresiones escritas al interpretar un contrato, la interpretación de la relación creada no puede anclarse en su sentido riguroso o gramatical y ha de indagarse la intencionalidad, es decir, lo que en realidad quisieron las partes al contratar (SSTS de 14 de enero de 1964 y 21 de abril de 1993, entre otras muchas); y la STS de 30 de noviembre de 2005 añade que «el artículo 1281 del CC recoge las grandes normas de la hermenéutica contractual, que doctrinalmente se pueden resumir en tres principios esenciales, como son: a) el principio de tomar en cuenta la voluntad común de las partes contratantes; b) el principio de la autoresponsabilidad de dichas partes contratantes; y c) el principio de la confianza y buena fe en ellas» (véanse SSTS de 30 de octubre de 2002 y 9 de diciembre de 2014).

Interpretación sistemática del contrato.—La búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas (art. 1285 CC). **(STS de 3 de febrero de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—La concedente y el representante de las dos optantes, celebraron en documento privado un derecho de opción de compra sobre determinado bien inmueble. Entre las cláusulas del contrato se incluían las siguientes:

- El precio de la opción se fija en la suma de 6.000 € pagaderos a la firma de este contrato, sirviendo el mismo de carta de pago.
- En caso de ejercitarse la opción de compra, las condiciones de la compraventa serán las expresadas a continuación:

- a) El precio total de la compraventa será de 105.000 €, de los que se descontará la cantidad entregada en concepto de opción de compra.

b) Ambas partes estipulan que en el momento de elevarse el contrato de compraventa a escritura pública el vendedor deberá haber cancelado el préstamo hipotecario que soporta la finca.

c) Si no se eleva a escritura pública por causa de la parte vendedora esta tendría que devolver la cantidad recibida por duplicado.

Los optantes demandaron a la concedente por incumplimiento y, en consecuencia, pedían que la demandada pagase 12000 €, más el interés legal desde la fecha de la demanda. El juzgado desestimó íntegramente la demanda. La audiencia estimó el recurso de apelación al considerar que había quedado acreditado que en la fecha fijada para celebrar la compraventa la hipoteca no se había cancelado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—En la actualidad *los Principios del Derecho Europeo de Contratos* en su artículo 5.101, al establecer las reglas generales de interpretación contractual, dicen que «el contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras». Este criterio ha sido el seguido por la Comisión General de Codificación en el párrafo primero del artículo 1278 de la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, de enero de 2009, al considerar que «los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras». (I. D.-L.)

8. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas abusivas. Doctrina jurisprudencial sobre los requisitos de validez de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo personal.—En la Sentencia 101/2020, de 12 de febrero, partíamos de la siguiente consideración: la jurisprudencia no niega validez a la cláusula de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista en contravención de lo dispuesto en el artículo 1256 CC (sentencias 506/2008, de 4 de junio, y 792/2009, de 16 de diciembre). En consecuencia, la posible abusividad puede provenir de los términos en que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es, *per se*, ilícita. Además, haciendo nuestra la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 Aziz, y de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, Banco Primus; y AATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, y 8 de julio de 2015, asunto C-90/14), hemos declarado que, para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo.

Carácter abusivo de la cláusula que permite al prestamista vencer anticipadamente el préstamo ante el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones de pago y amortización del crédito. Subsistencia del contrato de préstamo pese a la abusividad de la cláusula.—Desde ese punto de vista, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

A diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato (Sentencia 463/2019, de 11 de septiembre). Por ello, no podemos extraer las consecuencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor (por todas, STJUE de 26 de marzo de 2019).

Efectos de la declaración de nulidad: sólo cabe reclamar las cuotas vencidas o impagadas.—Por otra parte, también a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, respecto de los que existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado —no solo como pacto, sino como previsión legal (arts. 693.2 LEC y 24 LCCI), no hay una regulación equivalente para los préstamos personales o sin garantía. Además, conforme a la doctrina del TJUE, recogida en el Auto de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13), no cabe salvar la abusividad de la cláusula porque no llegara a aplicarse en su literalidad, es decir, por haber soportado la entidad prestamista un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla. En consecuencia, procede no tener por vencido anticipadamente el préstamo. Consiguientemente, la reclamación de cantidad formulada por el banco en su demanda sólo puede prosperar respecto de las cuotas vencidas e impagadas.

Cláusula suelo. Nulidad por falta de transparencia: ausencia de información precontractual que garantizara su conocimiento con antelación suficiente a la firma de la póliza.—La Audiencia entiende cumplido el control de transparencia porque considera que la cláusula es clara, comprensible y destacada. Pero no queda constancia de que hubiera sido objeto de una información precontractual, que garantizara su conocimiento con antelación suficiente a la firma de la póliza. Como hemos recordado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, en este tipo de contratos de préstamo a largo plazo, es necesaria una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir.

Nulidad de los intereses de demora. Doctrina jurisprudencial. Es abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.—La jurisprudencia sobre el carácter abusivo de las cláusulas de intereses de demora en el caso de los préstamos personales destinados al consumo fue establecida por la sentencia 265/2015, de 22 de abril, en la que concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». Esta doctrina fue ratificada por el TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018, al disponer lo siguiente: «[...] La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio».

Efectos de la apreciación de nulidad de la cláusula de intereses de demora. Sustitución del interés moratorio por el abono del interés remuneratorio hasta que se produzca el pago.—Los efectos de la apreciación de

nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, son los mismos que establecimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril: «Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar “reducción conservadora de la validez”), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada». La procedencia de esta doctrina, que había llegado a ser cuestionada, fue ratificada por el TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018, en cuya parte dispositiva dispone: «La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato» (**STS de 19 de febrero de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El demandado concertó un contrato de préstamo personal con una entidad de crédito en el que se estipuló, en lo que a nosotros nos importa, las siguientes cláusulas: a) Respecto a los intereses retributivos, se incorporó una cláusula de limitación de su variabilidad tanto respecto al límite superior del interés como del inferior (cláusula suelo); b) En cuanto a los moratorios se fijó el 17,50 % y c) Se pactó que la prestamista podría declarar vencido el préstamo, sin necesidad de esperar al término de vencimiento establecido en la póliza, cuando el prestatario incumpliera sus obligaciones de pago y de amortización del principal y de pago de los intereses, comisiones y gastos en los plazos convenidos. Ante el incumplimiento por el prestatario del pago de tres cuotas de amortización, la entidad bancaria dio por vencido anticipadamente el préstamo reclamando judicialmente la cantidad del crédito pendiente de abono más los correspondientes intereses moratorios y gastos. El prestatario se opuso alegando, en su defensa, la improcedencia del vencimiento anticipado y la abusividad de la cláusula suelo y de la cuantía de los intereses de demora. Tanto el juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron las alegaciones de demandado y le condenaron al pago de la cantidad reclamada. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (C. O. M.)

9. Abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado: Supuestos.—Será abusiva cuando se prevea para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario (STS de 2 de noviembre de 2000). En todo caso, según las SSTJUE, de 14 de marzo de 2013 y 26 de enero

de 2017; y AATJUE de 11 de junio y 8 de julio de 2015, para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo. Desde ese punto de vista, parece evidente que una cláusula que permite el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

En los contratos de préstamo personal, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato.—Esta circunstancia no se produce en los préstamos hipotecarios donde existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado, no solo como pacto, sino como previsión legal (arts. 693.2 LEC y 24 LCCI) (STS 463/2019, de 11 de septiembre).

El pacto de fianza accesorio de un préstamo personal, si está concertado por un consumidor es susceptible de los controles de incorporación, transparencia y contenido propios de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores.—Teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre el contrato de crédito y la fianza en garantía de su ejecución, así como el hecho de que la persona que se compromete a garantizar el reembolso de una deuda puede tener la condición de codeudor solidario o de fiador, no puede negarse que la fianza está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 13/93/CEE (STJUE de 17 de marzo de 1998). En sentido análogo, STS 56/2020, de 27 de enero. **(STS de 12 de febrero de 2020;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Benedicto suscribió un contrato de préstamo personal, a interés fijo del 11,25 %, con una entidad bancaria, por importe de 18.000 €, a devolver en doce años, mediante 145 cuotas mensuales de 228,31 €. El contrato fue garantizado por una fiadora solidaria. Hay que destacar la siguiente cláusula del contrato de préstamo: se permite que el acreedor pueda dar por vencido el préstamo «por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en él, en especial, la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y/o de amortización y demás gastos que originen el préstamo». Cuando el préstamo presentaba un descubierto de más de trece cuotas, la entidad prestamista lo dio por vencido y solicitó judicialmente el pago total del préstamo en cuanto a capital e intereses, después de comunicar extrajudicialmente tanto al prestatario como a la fiadora el incumplimiento y el saldo deudor resultante.

El Juzgado estimó íntegramente la demanda. La Audiencia estimó en parte los recursos de apelación interpuestos por los demandados y el Tribunal Supremo estimó en parte los recursos de casación de los demandados y de la parte actora, al condenar a los demandados solidariamente al pago de las cantidades adeudadas a la fecha de interposición de la demanda.

NOTA.—Esta es la primera sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia sobre la nulidad por abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo personal. Hasta ahora había declarado la abusividad de estas cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario.

En las SSTS de 11 de septiembre y 12 de diciembre de 2019, entre otras, se ha establecido cuándo es nula por abusiva una cláusula de vencimiento anticipado en un préstamo hipotecario. A grandes rasgos, lo será si el incumplimiento por el deudor no es grave o esencial y cuando no se pueda modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación.

A partir del 16 de junio de 2019 entró en vigor la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, con esta ley para los vencimientos anticipados en los créditos hipotecarios hay que tener en cuenta lo dispuesto en su artículo 24. (*I. D. -L.*)

10. Contratos bancarios (cuenta corriente de crédito). Comisión de descubierto o excedido en cuenta. Existencia de varios descubiertos sin duplicidad de cobro comisiones por descubierto y de intereses de demora.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que la comisión por descubierto es válida siempre que se ajuste al artículo 20.4 LCCC, esto es, que no sea superior a 2,5 veces el interés del dinero, y siempre que no devenguen cumulativamente intereses de demora. (**STS de 13 de marzo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Una consumidora interpuso una demanda de juicio ordinario ejercitando una acción para que se declarase la nulidad por abusividad de la cláusula de comisiones por reclamación de posiciones deudoras y de la cláusula de comisiones por descubierto o excedidos. La controversia ante el Tribunal Supremo se limita a la comisión por descubierto. Al respecto, la actora alegaba que son los intereses de demora pactados en contrato y no las comisiones por descubierto o excedido, las que vienen a resarcir a la entidad bancaria por el incumplimiento o retardo del deudor en las obligaciones de pago contraídas, de suerte que la comisión carecía de causa.

Probada la veracidad de las disposiciones o descubiertos tácitos, el Tribunal Supremo aclaró que, a diferencia de los intereses moratorios, la comisión de descubierto tiene una finalidad retributiva de un servicio que se presta por el banco al cliente deudor, que en la práctica supone una nueva concesión de crédito. Por tanto, las cantidades en que se concrete la concesión de nuevo crédito en que consiste el descubierto tácito en cuenta, no pueden generar, durante el periodo de tiempo a que estén sujetos a su retribución mediante liquidaciones periódicas de comisiones de descubierto, el devengo de intereses moratorios.

En consecuencia y, dado que no se habían acumulado intereses moratorios, el Tribunal Supremo declaró la validez de la comisión habida cuenta que el servicio se produjo, existiendo reciprocidad entre la prestación de los servicios citados y la comisión devengada y cargada, que cumplía con los límites cuantitativos (2,5 veces el interés legal del dinero) que impone el artículo 20.4 LCCC. (*A. A. O.*)

11. Contrato de adquisición de productos financieros.—Deuda subordinada.—Nulidad del contrato. Efectos retroactivos de la declaración de nulidad. Recíproca obligación de restitución.—Doctrina jurisprudencial.—La nulidad produce efectos retroactivos como si el contrato no se hubiera celebrado nunca y, puesto que lo entregado en cumplimiento de un contrato nulo o anulado carece de causa, la ley ordena la restitución recíproca de lo entregado por cada una de las partes. La obligación legal de restituir que impone el artículo 1303 CC se dirige a reponer la situación anterior a la celebración del contrato nulo, por lo que las partes deben restituirse recíprocamente lo recibido con sus rendimientos. El incremento del capital invertido por la suma de los intereses se explica porque el paso del tiempo desde que se entregó ha supuesto una pérdida de valor para quien pagó. Por ello los intereses deben calcularse desde el momento en que se hizo el pago que se restituye, es decir, desde que el cliente hizo la entrega del dinero (STS de 5 de diciembre de 2019, que sintetiza la doctrina expresada en las SSTS de 30 de noviembre y de 20 de diciembre de 2016, 4 de mayo y de 16 de octubre de 2017, y 17 de mayo y de 21 de junio de 2019, entre otras).

Deber de restitución por el cliente a la entidad bancaria de los rendimientos obtenidos o pagados por la inversión de capital con los intereses legales computados desde el momento de su abono.—Declarada la nulidad del contrato, carecen igualmente de causa los abonos de rendimientos efectuados por la entidad al cliente. En consecuencia, por aplicación de las reglas anteriores, el cliente debe restituirlos y debe abonar también los intereses legales sobre dichos rendimientos desde cada una de las liquidaciones. Si la pérdida de valor por el paso del tiempo es la razón que justifica que el capital invertido deba incrementarse con los intereses legales desde el momento en que se entregó el dinero a la entidad, la misma razón juega para concluir que la entidad puede recuperar los rendimientos abonados al cliente incrementados por los intereses legales desde el momento que los percibió (STS de 30 de noviembre de 2016).

Compensación de las cantidades recíprocamente debidas en virtud del deber de restitución derivado de la nulidad del contrato.—Las obligaciones de restitución recíproca de ambas partes, una vez calculadas conforme a las reglas precedentes, se compensan hasta la cantidad concurrente (SSTS de 3 de abril de 1995 y 24 de septiembre de 2004, entre otras). **(STS de 3 de febrero de 2020; ha lugar en parte.)** [Ponente Excm.a Sra. Dña. M.^a Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los actores suscribieron en 2005 un contrato de adquisición de deuda subordinada con la entidad financiera CB, S. A. por importe de 168.000 €. Los títulos fueron posteriormente reconvertidos en acciones y adquiridos por el Fondo de Garantía de Depósitos en 2013, pudiendo recuperar los adquirentes algo más de 130.000 € de la cantidad inicialmente invertida. Meses después, el matrimonio contratante interpuso una demanda contra CB, S. A. para que se declarase la nulidad del contrato de adquisición de las obligaciones subordinadas y se condenara al abono de la cantidad de 28.800 €, que era la resultante de la compensación entre la cantidad por aquellos perdida (38.000 €), más el interés legal de todas las cantidades entregadas y los intereses remuneratorios recibidos en su momento como pago hecho por el banco por la inversión realizada. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la

demanda y declaró la nulidad del contrato. Sin embargo, no estimó el método de cálculo de los intereses a abonar. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación de la entidad financiera. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

12. La culpa como fundamento de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual.—Frente a lo que sostiene la recurrente en casación, según la cual la tendencia que se viene siguiendo en los últimos años es hacia soluciones que prescinden de la culpa y se acercan a una responsabilidad cuasi-objetiva, el Tribunal Supremo reafirma su retorno a la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, tanto en el plano contractual como en el extracontractual. El resumen de la actual doctrina se basa en tres observaciones. La primera, que las excepciones a la responsabilidad subjetiva o por culpa solo pueden producirse por la ley. La segunda, que, no obstante lo anterior, el carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar una inversión de la carga de la prueba, debiendo entonces el demandado probar la falta de culpa. La tercera, que en las actividades que no son anormalmente peligrosas es el demandante quien deberá acreditar la culpa del demandado, de acuerdo con el artículo 217 LEC.

Obligaciones de guarda y asistencia de las personas internas en una residencia de la tercera de edad.—La gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa. Ciertamente, deberán cumplirse determinados estándares de diligencia y cuidado, pero entre ellos no se incluye el observar a los residentes durante las veinticuatro horas del día, si no se encuentran en una situación particular de peligro que exija un especial control o una exhaustiva vigilancia. Este último podría ser el caso de residentes que padezcan enfermedades psíquicas o cuando concurre un riesgo autolítico, así como también —quizás— si existe una patología cardiovascular previa que haga previsible la necesidad de una atención inmediata.

La responsabilidad por servicios recogida en los artículos 147 y 148 TRLGDCU exige en todo caso la prueba del nexo causal.—No cabe atribuir la responsabilidad basada en tales preceptos si no se establece una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el resultado dañoso, así como la constatación de que no se han alcanzado los niveles objetivos de eficacia o seguridad exigibles. No basta, por tanto, con identificar la causación de un daño.

La doctrina de la pérdida de la oportunidad.—Esta doctrina es aplicable únicamente cuando existe una indeterminación de la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el resultado producido. En defecto de este nexo, no puede imputársele el daño al demandado por omisión de la diligencia debida con base en la probabilidad estimada de que un determinado comportamiento por su parte pudiera haber conseguido evitar el daño. (**STS de 11 de marzo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Una persona con diferentes patologías, entre las cuales no se encontraba ninguna enfermedad cardiovascular, había ingresado en una residencia de la tercera edad el 31 de diciembre de 2006, abandonándola el 31 de marzo de 2007, y retornando a ella el 4 de julio de este mismo año. Tras ser vista por el personal de

la residencia entre las 14 y 15 horas el 6 de julio de 2007, la residente falleció alrededor de las 16 horas por infarto agudo de miocardio, en un momento en el que se encontraba sola. El personal de la residencia la localizó aproximadamente a las 17 horas. Una de las hijas de la fallecida interpone una demanda contra la entidad titular de la residencia, solicitando la condena al pago de una indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formulado por la demandada, dejando sin efecto la primera resolución y absolviendo a la entidad titular de la residencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante. (*R. P. C.*)

13. Pacto comisorio. Sanción de nulidad del pacto. Doctrina jurisprudencial.—Como resulta de la sentencia de esta Sala de 5 de junio de 2008, el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor del bien objeto de la garantía por su libérrima voluntad al margen de cualquier procedimiento legal de ejecución o apremio, ha sido siempre rechazado, por evidentes razones morales reflejadas en los ordenamientos jurídicos, a los que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1859 y 1884 CC), rechazo que se patentiza además en reiterada jurisprudencia de este Tribunal, en la que se ha declarado reiteradamente que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.

Ámbito de la prohibición del pacto comisorio. Aplicación a la compraventa simulada en función de garantía.—Dentro del ámbito de la prohibición, este Tribunal ha incluido en diversas ocasiones el negocio de transmisión de propiedad en función de garantía, instrumentada a través de un medio indirecto consistente en la celebración de una compraventa simulada. Y ello es así por cuanto la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, pues de lo contrario el principio de autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1255 permitiría la creación de negocios fraudulentos, y en tal caso, descubierto el fraude, habría de aplicarse igualmente la prohibición tratada de eludir, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquélla (cfr. art. 6.4 CC).

Doctrina que ahora mantenemos reiterando que un préstamo o un contrato simulado que disimula un préstamo, que incluye un pacto comisorio, es decir, pacto por el cual si no se devuelve una cantidad determinada (del verdadero préstamo) el contratante (prestamista) hace suya la propiedad de una cosa también determinada, tal pacto incurre en nulidad ipso iure conforme al artículo 1859 del CC.

La venta a carta de gracia.—La venta a carta de gracia es una compraventa simulada (que disimula el préstamo) en que una persona (el supuesto

vendedor, realmente el prestatario) vende la cosa al comprador (realmente, el prestamista) con el pacto de retro: si en tal plazo no ejercita el retracto (realmente, no devuelve el dinero, que se fijó como precio) el comprador (prestamista) adquiere la propiedad de la cosa. Estructura negocial que integra un clásico pacto comisorio: el prestamista, que aparece como comprador, adquiere la cosa si no se le devuelve, mediante el retracto, la cantidad prestada. Tal pacto comisorio es nulo: el vendedor (prestatario) está obligado a devolver el dinero, pero el comprador (prestamista) no adquirirá la cosa por el sólo incumplimiento de aquella obligación.

La calificación de la venta en garantía como compraventa simulada.—La sentencia de 20 de diciembre de 2007, reiterada por la 34/2012, de 27 de enero, resume la doctrina jurisprudencial del siguiente modo: «Por tanto, no se trataba de una fiducia de tipo *cum creditore* (ni mucho menos *cum amico*) sino de una clara simulación, negocio jurídico simulado, compraventa, con simulación relativa, en el sentido de que encubría un préstamo con garantía y la garantía era, nada menos, que el acreedor [...] hacía suyas las fincas si no devolvía el capital prestado y sus intereses, lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio, consistente en que el acreedor hace suya la cosa si se incumple la obligación y el artículo 1859 (y 1884 en la anticresis) dispone que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas».

La venta en garantía como subtipo del negocio fiduciario. Doctrina jurisprudencial sobre sus caracteres esenciales.—La jurisprudencia de esta sala ha enfocado el caso particular de la llamada «venta en garantía», desde la perspectiva de su asimilación o subsunción en la categoría de los negocios fiduciarios. Las líneas maestras de la configuración de la venta en garantía fueron resumidas por nuestra sentencia 413/2001, de 26 de abril:

«1.º La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia *cum creditore*. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.

2.º El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

3.º El fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

4.º La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.

5.º El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.

6.º La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o «venta en garantía» es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la «venta en garantía» como un negocio en fraude de ley (art. 6.4.º del CC)».

Preferencia de la calificación jurídica de la venta en garantía como negocio simulado.—Como se desprende de la sentencia 34/2012, de 27 de enero, que declaró la nulidad no sólo de la compraventa simulada sino también de la titularidad formal (fiduciaria) con ella pretendidamente transmitida, la jurisprudencia de esta sala acude preferentemente a la calificación de la compraventa en los supuestos de «venta en garantía» como negocio simulado, si bien alcanzando resultados prácticos similares en cuanto al efecto de evitar el fraude a la prohibición del pacto comisorio.

La prohibición del pacto comisorio es también aplicable a cualquier otro negocio indirecto, distinto de la venta en garantía, que persiga apropiarse de los bienes dados en garantía por el deudor.—La prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, incluyendo no sólo la «venta en garantía» sino cualquier otra construcción jurídica o estructura negocial que persiga el mismo efecto elusivo de la prohibición del pacto comisorio.

El pacto comisorio en las Resoluciones de la DGRN. Supuestos de negocios indirectos que ocultaban un pacto comisorio.—Ejemplos de ello han tenido también presencia reiterada en las Resoluciones de la DGRN, reflejo del tráfico jurídico. En este sentido la Resolución de 18 de octubre de 1994 aplica la prohibición en un supuesto de venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, que facultaba al comprador para requerir de pago al vendedor, de forma que la venta con pacto de retro se utilizaba para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia. Las Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, de 26 de marzo de 1999 y de 26 de noviembre de 2008, concluían que la opción de compra examinada en las mismas se concedía en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de ésta), entendiéndose que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. O el caso de la Resolución de 20 de julio de 2012 en un supuesto de una escritura en la que una sociedad reconocía una deuda a favor de otra, sujeta a un plazo de amortización no vencido, y en la misma escritura se convenía una cesión en pago de la deuda asumida sometiendo esta cesión a condición suspensiva, de manera que la cesión quedaría sin efecto en caso de que llegada la fecha de vencimiento de la obligación la deudora cedente hubiera pagado a la acreedora cesionaria el importe adeudado (vid. la estrecha conexión entre la suerte del crédito garantizado y la efectividad de la transmisión).

La venta en garantía no transmite la propiedad del bien.—Como señaló la citada Resolución DGRN de 20 de julio de 2012, haciéndose eco de la jurisprudencia de esta sala, no basta la común voluntad de transmitir y adquirir para provocar el efecto traslativo perseguido, pues, «por una parte, rige la teoría del título y modo para la transmisión voluntaria e «intervivos» de los derechos

reales (cfr. art. 609 CC) y, por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (cfr. artículo 1261-3.º, 1274 a 1277 CC)». En la «venta en garantía» «la verdadera voluntad de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva sino una transmisión provisional y cautelar, en funciones de garantía, a consolidar en caso de incumplimiento de la obligación», propósito no amparado por el ordenamiento jurídico por contrario a la prohibición del pacto comisorio que imponen los reiterados artículos 1859 y 1884 CC, y en consecuencia, conforme a la jurisprudencia ampliamente reseñada supra, determina la nulidad plena y radical del negocio que incurre en tal infracción. **(STS de 4 de febrero de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En el caso de la sentencia se parte de varias operaciones realizadas entre los interesados. En la primera, se estipula un préstamo hipotecario concedido por los que serán codemandados a favor de los futuros demandantes con un plazo de vencimiento de seis meses y pacto de amortización mediante un pago único. Al vencimiento de este plazo, ante la imposibilidad de hacer frente al pago de lo adeudado, las mismas partes convienen en formalizar una novación de dicho préstamo con un doble objeto: ampliación del capital del préstamo y también de su plazo de duración, prorrogando la fecha de vencimiento en tres meses. Al término de este segundo plazo, y ante el mantenimiento de la incapacidad de pago de los deudores, acordaron la venta del inmueble hipotecado a los prestamistas, que lo adquieren por un precio (165.920 €) significativamente inferior al previsto en la primera escritura del préstamo hipotecario como valor de tasación a los efectos de subasta (600.000 €), siendo parte del precio abonado mediante la retención del importe de la deuda hipotecaria pendiente de pago, y el resto en efectivo metálico el día del otorgamiento. Finalmente, en fecha próxima a esa primera venta los entonces compradores venden la finca a unos terceros por el precio de 200.000 €, pagado mediante tres transferencias bancarias. Posteriormente, los prestatarios demandan judicialmente la nulidad de la primera y segunda compraventa. Afirman que, con ocasión de la primera compraventa, se estipuló verbalmente entre vendedores y compradores que la vivienda era vendida en garantía de la devolución del préstamo. Que se acordó un plazo de «rescate» del inmueble con un término de nueve meses, y que, consecuentemente, se trató de una compraventa simulada, puesto que nunca se pretendió vender y comprar el derecho de propiedad, sino que la finalidad de esa venta no era otra que la de garantizar el préstamo encubriendo un pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 CC. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial resolvieron el litigio en base a argumentos centrados en la valoración probatoria y consideraron que no existían pruebas que acreditasen que la compraventa era fiduciaria ni que existiera un pacto verbal comisorio o de uno de retroventa. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

14. Cesión de derechos de crédito. Derecho de retracto sobre créditos litigiosos. Interpretación jurisprudencial del artículo 1535 CC. Transmisión de créditos hipotecarios impugnados por la empresa deudora por nulidad de las cláusulas suelo que habían sido introducidas al novar dichos créditos: No integran el concepto de crédito litigioso, la eventual nulidad no afecta a la subsistencia ni a la exigibilidad del resto de las obligaciones derivadas de los préstamos.—La Sala Primera del Tribunal Supremo rechaza que el carácter controvertido de una parte del préstamo (cláusula suelo) comporte la litigiosidad del crédito de forma que su cesión conceda al deudor un derecho de retracto. (STS de 5 de marzo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—La entidad actora suscribió con Caixa Laietana, hoy Bankia, diversos préstamos hipotecarios, posteriormente novados. Estos préstamos fueron transmitidos por Bankia a la entidad Burlington Loan Management LTD.

La entidad actora, interpuso una demanda contra Bankia, S. A. solicitando la nulidad de las cláusulas suelo que habían sido introducidas al novar los créditos. La demanda fue admitida a trámite antes de la cesión de los créditos. Bankia notificó a la actora la transmisión de los créditos a Burlington Management LTD. Hotel Blanco Don Juan, S. L. interpuso una demanda contra Bankia, S. A. y contra Burlington Loan Management LTD, interesando que se declarase que la actora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1535 CC, tiene un derecho de retracto sobre los créditos litigiosos cedidos y que se declaren extinguidos previa consignación por la demandante del precio y sus intereses desde el día en que fue satisfecho.

El Tribunal Supremo declaró que la regla general en nuestro Derecho es la de la libre transmisibilidad de todos los derechos y obligaciones, salvo pacto en contrario (art. 1112 CC). Por tanto, el denominado retracto de crédito litigioso constituye una excepción al régimen general de la cesión de créditos, y como tal requiere una interpretación estricta. Ha de entenderse que un crédito litigioso es aquel que «habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible», en otros términos, «aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme». Con todo, el Tribunal Supremo rechazó que el crédito controvertido fuera litigioso pues «el crédito cedido se refiere a una cláusula de limitación de la variación a la baja del tipo de interés remuneratorio pactado (cláusula suelo), cuya eventual nulidad no afecta a la subsistencia ni a la exigibilidad del resto de las obligaciones derivadas del préstamo». (A. A. O.)

15. Concurso de acreedores. Crédito contingente. Finalización de la contingencia.—Según la STS 548/2016, de 20 de septiembre, la «condición de litigioso la tiene cualquier crédito cuya existencia haya sido directamente cuestionada en un procedimiento judicial, mientras no recaiga una resolución firme o susceptible de ejecución provisional que lo reconozca». De donde se deduce que la calificación de contingencia por litigiosidad es,

por definición, transitoria, puesto que depende del resultado del litigio en que se esté discutiendo el crédito. Si el proceso concluye con resolución desestimatoria, el crédito deberá ser dado de baja de la lista de acreedores. Mientras que, si es estimatoria, el reconocimiento del crédito será confirmado con la cuantía que se haya fijado en la resolución firme o susceptible de ejecución provisional que haya puesto fin al litigio. Como manifestó la STS 233/2014, de 22 de mayo, si el proceso judicial no ha comenzado no se puede calificar el crédito como litigioso, y por ende, como contingente, por más que su existencia y/o cuantía resulte controvertida. La situación de litigiosidad (*rectius*, litispendencia) comienza con la interposición de la demanda, siempre que posteriormente sea admitida, y acaba con la confirmación del crédito mediante sentencia firme o provisionalmente ejecutiva. Ahora bien, la calificación de contingencia no se refiere solo a la pendencia del pleito, sino también a la determinación de la cuantía, puesto que mientras que el crédito no sea exactamente cuantificable no puede incorporarse de manera definitiva (en el sentido de no contingente) a la lista de acreedores. En este caso, la sentencia firme que dio lugar al reconocimiento del crédito como contingente no liquidó la cantidad de la que era acreedora la demandante frente a la concursada, sino que la determinación de su importe dependía de unas operaciones en ejecución de sentencia que, a la fecha de interposición de la demanda de incidente concursal, no estaban concluidas, por lo que el crédito no estaba definitivamente cuantificado. Lo que, impedía todavía su confirmación como crédito ordinario con cuantía propia. **(STS de 11 de marzo de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La demandante interpone una demanda incidental concursal en la que solicita que se dicte sentencia reconociendo un crédito ordinario contra la concursada demandada por importe de 24.862.379,74 euros. La concursada y la administración concursal se oponen solicitando la desestimación de la demanda, al considerar el crédito como contingente pendiente de cuantificar o sin cuantía.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. El demandante recurre en apelación el auto del Juzgado.

La Audiencia provincial desestima el recurso de apelación. La demandante recurre en casación el auto de la Audiencia.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

16. Concurso de acreedores. Valoración del sacrificio: alcance.—

Debe procederse a la valoración del sacrificio justificado en casos de garantías a favor de terceros cuando existen contraprestaciones a favor del garante que provienen de ese tercero. Esta doctrina es aplicable a todas las garantías constituidas a favor de terceros y no sólo a aquéllas constituidas a favor de terceros que son sociedades del mismo grupo empresarial. Una cosa es que no resulte de aplicación la presunción de perjuicio *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC porque en estos casos la contextualidad de estas garantías, reales y personales, excluya su gratuidad, y otra la valoración de la justificación del sacrificio patrimonial que supone la prestación de la garantía, en atención de los beneficios directos o indirectos que podían derivarse para el concursado que haya prestado la garantía. En suma, esta valoración no queda reducida únicamente a los casos de grupos de sociedades, sino que

se aplica en cualquier caso en que se haya concedido una garantía sobre deuda ajena. **(STS de 3 de febrero de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Los administradores concursales de A. U. S., SA interpusieron demanda de incidente concursal de reintegración, ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, contra las entidades A. U. S. SA, B. E. C., SA., don G. y los herederos de don H., solicitando se deje sin efecto el aval solidario otorgado por la concursada en garantía del préstamo hipotecario concedido por B. E. C., SA a favor de los codemandados, don G. y don H.; igualmente, solicitan la cancelación de la prenda sobre derecho de concesión administrativa y que se declare la inexistencia de los créditos concursales inicialmente reconocidos a favor de B. E. C., SA. El Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid desestimó la demanda interpuesta por la administración concursal. Recurrida en apelación por la misma administración concursal, la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia estimando el recurso interpuesto y declarando la reintegración solicitada, así como la ineficacia del aval solidario prestado y de la prenda sobre derechos de crédito correspondientes, ya que descartó que la justificación del sacrificio que comporta la concesión de las garantías pudiera venir de la existencia de ventajas compensatorias, aun indirectas, al no existir una relación propia de grupo de empresas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre, regula estos aspectos en los artículo 227 y ss., estableciendo, en síntesis, que el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º Los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. 2.º Los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. 3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso si contasen con garantía real. Cuando se trate de actos no comprendidos en el artículo anterior, el perjuicio patrimonial para la masa activa deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria. (*N. D. L.*)

17. Carácter civil o mercantil de la venta de acciones sociales.—Las ventas no citadas en el artículo 326 CCO no revierten o quedan necesariamente subsumidas en el ámbito de aplicación del artículo 325 CCO (que declara mercantil la «compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de

lucrarse en la reventa»), si no concurre simultáneamente el elemento intencional de la reventa y de la obtención de lucro con ella. Esto supone, a juicio de la Sala 1.^a, que, en el caso concreto de un contrato de compraventa de acciones sociales, la calificación del contrato como civil deriva asimismo de las características del propio objeto del contrato, que supone la venta parcial de la titularidad de una sociedad, excluido por la misma naturaleza de tal objeto de su consideración como mercantil.

Interpretación del contrato y mercantilidad de la venta.—Cuando no consta el propósito de reventa en una compraventa de acciones sociales ni la integración de las acciones sociales en el proceso productivo de la empresa, la propia naturaleza del objeto del negocio traslativo de venta parcial de una sociedad, excluye la consideración del contrato como mercantil. **(STS de 20 de febrero de 2020;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En junio de 1993, 5 hermanos y una madre suscribieron un contrato de permuta, compra de acciones y otros derechos y división de comunidad, en el que fijaban la titularidad de las acciones que correspondía a cada uno de ellos en el grupo empresarial familiar G, integrado por las sociedades A, B, C y D. En ese contrato se estipuló la transmisión de la totalidad de las acciones de las compañías mercantiles del grupo G correspondiente a los hermanos «2» y «3» (lo que aceptaban «4» y «5») al hermano «1», que las adquiriría para su sociedad de gananciales. El precio que «1» debía abonar a «2» y «3», cada una de las cuales ostentaba el 15 % del capital social, fue el siguiente: a «2» 90.050.000 pesetas y «3» 97.050.000 pesetas, acordándose asimismo el fraccionando del abono de dichas cantidades en pagos continuados con vencimiento final en el año 1996. En octubre de 1993, el adquirente y los vendedores, suscribieron una serie de pólizas con novación subjetiva del deudor en el contrato antes reseñado, pasando a ocupar la posición jurídica de aquél la sociedad D. Además, en estas pólizas de novación subjetiva de la venta se concretaba la cuantía de las cantidades adeudadas en concepto de pago del precio de la venta, que quedaron fijadas respecto a «2» en 60.643.620 pesetas y respecto a «3» en 60.643.620 pesetas, es decir una cantidad inferior a la estipulada inicialmente en la que figuraba como deudor «1». Los hermanos vendedores formularon una demanda de juicio ordinario contra la entidad D, en la que pedían la condena de esta última a abonar a «2», la cantidad total de 706.075,03 €, 360.055,70 € de principal y 346.019,33 € de intereses devengados desde el día 1 de enero de 1997 hasta la fecha, más los intereses legales desde la interposición de la demanda; y a abonar a «3» 783.466,50 €, 402.126,55 € de principal y 381.339,95 € de intereses devengados desde el día 1 de enero de 1997 hasta la fecha, más los intereses legales que procedan desde la interposición de la demanda.

El juzgado dictó sentencia que estimaba en parte la demanda y condenaba a la demandada, D, al pago a cada demandante de la cantidad de 306.180,18 euros más el interés legal, en los concretos términos solicitados.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por D, alegando la prescripción de la acción y la aplicabilidad del artículo 1101 del CC respecto del sistema del cómputo de los intereses de demora, por entender que la compraventa de las acciones y participaciones sociales debía calificarse como contrato civil y no mercantil. Dicha sentencia también fue impugnada por las demandantes respecto del importe de la deuda y del pronunciamiento en materia de costas. La Audiencia Provincial desestimó sendos recursos de apelación. Frente a ello, D interpuso recurso de apelación. (A. I. R. A.)

18. Legitimación pasiva en las acciones de indemnización de daños y perjuicios en las ventas de automóviles.—Los artículos 128 y siguientes TRLGDCU regulan la responsabilidad civil por bienes o productos defectuosos. Este régimen no sirve para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. Esta acción no es adecuada para indemnizar el daño que supone la frustración del interés contractual del adquirente del bien o servicio que no se ajusta a lo contratado. El artículo 142 TRLGDCU establece que los daños materiales en el propio producto no serán indemnizables conforme a dicha normativa, sino que darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la legislación civil y mercantil. Por tanto, para resolver sobre la pretensión de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa por deficiencias en el producto vendido, deben aplicarse las normas del Código civil.

En relación con esta cuestión, debe tenerse presente el primer inciso del artículo 1257 CC, que establece que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (principio de relatividad de los contratos). Nadie puede ser obligado por un contrato en que no ha intervenido y prestado su consentimiento, ni sufrir las consecuencias negativas del incumplimiento en el que no ha tenido intervención. No obstante, la contratación en el sector del automóvil presenta particularidades que justifican limitar o excepcionar el principio de relatividad de los contratos. Y ello por las siguientes razones: 1) los especiales vínculos que se crean entre el fabricante, los concesionarios y los compradores; 2) la importancia de la marca del fabricante; 3) la fidelidad del consumidor a dicha marca; 4) su influencia en la decisión del adquirente de un automóvil; 5) la afectación masiva a una pluralidad de adquirentes, que suelen provocar los defectos de fabricación.

En este ámbito, la relación económica se establece entre el fabricante y el comprador, pues los sujetos intermediarios (en concreto, los concesionarios) tienen, por lo general, menor importancia. Desde el punto de vista jurídico, esos sujetos intermedios constituyen una de las partes de los contratos que, de un lado, se celebran entre el fabricante (o el importador) y el concesionario y, de otro, entre el concesionario y el comprador final, contratos conexos en los que se plasma esa 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 ente sí, se establecen vínculos con trascendencia jurídica, como son los relativos a la prestación de la garantía adicional o la exigibilidad por el consumidor final

de las prestaciones ofertadas en la publicidad del producto, que generalmente ha sido realizada por el propio fabricante y que integran el contrato de compraventa por el que el consumidor adquiere el vehículo. 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. En estas circunstancias, limitar la responsabilidad por los daños y perjuicios al distribuidor que vende directamente al adquirente final puede suponer un perjuicio para los legítimos derechos de los adquirentes. Puede ocurrir que el régimen de responsabilidad del vendedor sea menos satisfactorio para el comprador que el aplicable al fabricante, de acuerdo con la distinción contenida en el artículo 1107 CC, porque es posible que el vendedor sea un incumplidor de buena fe, mientras que el fabricante sea un incumplidor doloso.

Por estas razones, en estos casos, el fabricante del vehículo no puede ser considerado como un tercero totalmente ajeno al contrato. Si el incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por el comprador final se debió a que el producto que el fabricante había puesto en el mercado a través de su red de distribuidores no reunía las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el propio fabricante, a éste le será imputable el incumplimiento. 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 Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 30 de septiembre de 2013, S compró en el concesionario oficial del grupo V (TM) un vehículo SI, con motor diésel, fabricado por la demandada SE. Unos dos años después, dada la repercusión pública que tuvieron los hechos, la compradora tuvo conocimiento de que el motor de su vehículo llevaba instalado un software que ocultaba el incumplimiento de los estándares de emisión de gases contaminantes.

La compradora interpuso una demanda contra el vendedor y contra el fabricante del vehículo, en la que solicitaba, con carácter principal, la anulación de la compraventa por vicios del consentimiento o la resolución por incumplimiento e indemnización de daños morales. Y, subsidiariamente, la indemnización de los daños materiales y morales derivados de no cumplir el vehículo las características, en lo relativo a emisiones, con que había sido ofertado y de la necesidad de someterlo a una modificación para eliminar el mecanismo de manipulación instalado y cumplir los estándares de emisión de gases contaminantes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La demandante apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, condenando al vendedor a indemnizar a la compradora en quinientos euros por los daños morales, por entender que, al tratarse de responsabilidad contractual, no había un vínculo de tal naturaleza con los fabricantes (V o SE).

La demandante interpuso un recurso de casación, basado principalmente en la incorrecta aplicación del principio de relatividad contractual del artículo 1257 CC. De todos los pronunciamientos de la Audiencia, la actora únicamente impugna que se haya estimado la falta de legitimación pasiva de SE. El Tribunal Supremo esti-

ma el recurso, condenando solidariamente a TM y a SE al pago de la indemnización de quinientos euros por los daños morales sufridos por la demandante. Que el motor hubiera sido fabricado por otra empresa del grupo no es óbice para esta condena. En cualquier caso, ello no obsta a que el fabricante pueda repetir posteriormente contra el proveedor que le suministró el componente determinante del defecto o que la condena a SE pueda ser tomada en consideración en el ajuste de las relaciones internas entre los distintos integrantes del grupo V.

NOTA.—Sobre el principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 CC, *vid.* también las SSTs de 26 de mayo de 1989, 4 de junio y 3 de diciembre de 1990, 5 de marzo y 28 de octubre de 1992, 7 de julio de 1994, 26 de mayo de 1995, 22 y 29 de septiembre de 1997, 23 de julio de 1999, 27 de julio de 2000, 19 de junio y 20 de octubre de 2006, 7 de marzo y 12 de diciembre de 2007, 10 de noviembre de 2010, 17 de junio de 2011, 29 de mayo de 2014, 8 de abril de 2015, 14 de marzo de 2018 y 2 de marzo de 2020. En relación con otro caso de responsabilidad por defectos en un vehículo, *vid.* igualmente la STS de 23 de mayo de 1991. (S. L. M.)

19. Garantía y prescripción en vicios o defectos constructivos.—La Sala Primera reitera su doctrina sobre la garantía es el plazo que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado de los daños causados por una mala construcción. Si el daño surge dentro de este plazo los agentes responderán en función de su intervención en la obra. El término no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege* es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar «desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas» (arts. 6.5 y 17.1 LOE). La prescripción, por el contrario, no es más que el cumplimiento del plazo que la Ley concede a los perjudicados para hacer efectivo su derecho mediante el ejercicio de las acciones correspondientes. De este modo, si el vicio tachado como ruínógeno aparece dentro del plazo de garantía, resulta posible ejercitar la acción de responsabilidad, siempre y cuando esta no esté prescrita. (STS de 11 de marzo de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La sociedad S fue constructora, promotora y vendedora de los inmuebles que integran la comunidad de propietarios C, según el proyecto elaborado por los arquitectos A y B, quienes certificaron el fin de obra el día 7 de septiembre de 1999. El inmueble consta de dos edificios de Viviendas de Protección Oficial con sus correspondientes garajes y trasteros. La Declaración de Obra Nueva, del inmueble de la Comunidad se realizó mediante Escritura Pública otorgada por el 8 de septiembre de 1999. En 2002, C se puso en contacto con S instando la reparación de un problema de ascensor. En 2008, se constata el crecimiento de una fisura en la fachada y ante la gravedad de los defectos con desprendimiento y caída de trozos de fachada a la vía pública C en junio de 2009, reca-

bó el informe de un arquitecto que puso de manifiesto las graves y generales deficiencias en la fachada. Ante la reclamación, S respondió señalando la responsabilidad de la dirección de obra. Remitida reclamación a la dirección de obra la misma respondió a través de su seguro que la responsabilidad era de la ejecución de la obra. A la vista de lo anterior C encargó un nuevo informe pericial elaborado del que resultaba la responsabilidad de S y de los arquitectos A y B.

C interpuso demanda contra S y los arquitectos A y B para que realizasen las reparaciones fijadas en el informe pericial y, en el supuesto de no llevar a cabo las obras en el plazo que prudencialmente el juez fijase, a pagar a la Comunidad de Propietarios de la suma de 186.171 euros. En la demanda se ejerció la acción de ruina (art. 1591 CC), así como la de incumplimiento contractual. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y, en consecuencia, condenó solidariamente a los demandados a realizar las reparaciones fijadas en un plazo o, de no hacerlo así, a abonar la suma reclamada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por A y B, desestimando los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda respecto a los citados recurrentes por apreciación de la excepción de prescripción extintiva. En cuanto a la sociedad S, estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por esta. C interpuso recurso de casación, por aplicación indebida de los artículos 1591 y 1964 CC, en relación con la jurisprudencia de la Sala Primera, que distingue entre el plazo de garantía de 10 años por responsabilidad de vicios ruínógenos en los edificios y el plazo de prescripción de 15 años vigente en el momento, a contar del *dies a quo* en que se produjo el vicio, propio de las acciones personales. (A. I. R. A.)

20. Responsabilidad del arquitecto técnico por defectos constructivos causados por error de proyección e incumplimiento del deber de supervisión o dirección de la ejecución material de la obra [art. 13.2 c) LOE].—Un mismo defecto constructivo puede deberse en parte a error de proyección y en parte a la supervisión o control de la ejecución que corresponde al director de ejecución de la obra de acuerdo con el artículo 13.2 LOE; de tal forma que no pudiéndose deslindar la cuota de responsabilidad de los diferentes agentes de la edificación procede declarar su responsabilidad solidaria (art. 17.3 LOE). El director de ejecución de la obra se encuentra sujeto en la misma medida a las previsiones del proyecto que a las denominadas normas y reglas de la buena construcción (STS de 31 de mayo de 2007), correspondiendo a este agente la vigilancia para que la construcción se adecúe al proyecto técnico y a tales *buenas normas de la construcción* (STS de 19 de mayo de 2006). Así, este agente no debe limitarse a una ejecución incondicional del proyecto, sino que debe advertir al director de la obra la existencia de dificultades u obstáculos imprevistos en dicha ejecución (STS de 23 de febrero de 2010). (**STS de 4 de febrero de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios de un edificio interpuso demanda en contra la entidad promotora, la constructora, arquitectos superiores y arquitecto técnico, con la pretensión prin-

cial de su condena solidaria al abono del coste de reparación de los defectos constructivos que presentaba su cubierta y, subsidiariamente, a la realización de las obras de reparación necesarias. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda absolviendo al arquitecto técnico, director de la ejecución de la obra. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial extiende la condena al arquitecto técnico, pronunciamiento frente al que éste formula recurso de casación compuesto de tres motivos. En el primero, denuncia infracción del artículo 17.2 LOE por no respetar la individualización de las responsabilidades realizada por la sentencia de instancia; en el segundo, infracción del artículo 17.3 LOE, al no proceder la condena solidaria de los agentes por la referida individualización de responsabilidades y, en el último, infracción del artículo 13.2 c) LOE que impone al director de ejecución de la obra la obligación de dirigirla de acuerdo con el proyecto y las instrucciones del director de la obra, lo que defiende haber hecho al ser atribuible el defecto a un error de proyecto y no a una deficiente dirección de obra. Se desestima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia extractada sujeta el deber de supervisión del director de ejecución de la obra tanto al proyecto como a la llamada *lex artis*, parámetro este último que no contempla expresamente la LOE, pero que figura en otras normas y en pronunciamientos que han incidido en que no se trata de un mero ayudante del director de la obra (cfr. art. 2 Decreto de 16 de julio de 1935 y SSTs de 28 de mayo de 2001, 27 de junio de 2003 y 10 de marzo de 2004). Efectivamente para que el director de ejecución de la obra se exima de responsabilidad no basta con cumplir el proyecto, al ser necesario que la edificación se ajuste a las reglas de la buena construcción. Ahora bien, conviene deslindar lo anterior de una responsabilidad del director de ejecución de la obra basada en defectos de proyecto. Debe repararse en que no existe para el director de ejecución de la obra un precepto como el artículo 17.7 LOE que establece la responsabilidad del director de la obra por los errores u omisiones del proyecto. No obstante, en el caso particular de defectos del proyecto relacionados con la cimentación han existido pronunciamientos dispares. Así, la STS de 28 de mayo de 2001 absolvió al arquitecto técnico porque el conocimiento del defecto de cimentación excede de la fase de ejecución; mientras que la STS de 27 de junio de 2003 lo condenó por ese mismo defecto en un caso en que no existía estudio del suelo. Por otra parte, la sentencia extractada recuerda que el arquitecto técnico también suscribió el certificado final de obra junto con el director de la obra, lo que nos resulta una clara alusión al artículo 17.7 LOE que responsabiliza a los dos agentes de la veracidad y exactitud de aquel certificado en el que se declara haberse ejecutado la obra de acuerdo con las reglas de la buena construcción (cfr. anejo II del CTE). Sin embargo, entendemos que debe acudir a las funciones de ambos agentes, no coincidentes (cfr. arts. 12 y 13 LOE), para determinar la responsabilidad de uno u otro. En esta línea, se ha sostenido que la mera suscripción de un certificado final de obras no es un criterio de imputación de la responsabilidad [vid. Cordero Lobato, E., en Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.

C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, Navarra, 2007, p. 393, y Martínez Escribano, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Valladolid, 2007, p. 219]. Para más detalles vid. Santana Navarro, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2018, pp. 208-212. (F. S. N.)

21. Crédito revolving. Interés usurario. Interés normal del dinero.—Para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» a efectos de realizar la comparación con el interés y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias. El índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. En consecuencia, la TAE del 26,82 % del crédito *revolving* de este litigio ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20 %. El tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación, algo superior al 20 % anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de «interés normal del dinero» y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como «notablemente superior» a ese tipo utilizado como índice de referencia, lo que determina el carácter usurario de la operación de crédito. **(STS de 4 de marzo de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La prestataria interpone una demanda contra el prestamista solicitando la nulidad del contrato de tarjeta de crédito *revolving* por existencia de usura en la condición general que establece el interés remuneratorio.

En su contestación a la demanda, el prestamista sostiene que los intereses remuneratorios pactados no podían ser considerados usurarios puesto que no son notablemente superiores al tipo de interés habitual en el mercado de tarjetas de crédito *revolving*, según los tipos de interés publicados por el Banco de España para dicho tipo.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda. Contra la sentencia del Juzgado interpone el demandado recurso de apelación, que la Audiencia Provincial desestima.

Contra la sentencia de la Audiencia interpone la parte demandada recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

22. Apuestas deportivas. Cláusula de invalidación de apuestas. Cláusula abusiva. Abuso de derecho.—La cláusula controvertida reza que el empresario «se reserva el derecho de invalidar apuestas por cualquiera de las siguientes causas: errores humanos de sus empleados o errores informáticos. Apuestas con cuotas incorrectas o realizadas a sabiendas del resultado correcto». La cláusula es abusiva porque en los términos en que está redactada deja al arbitrio del operador la voluntad de cumplir con el contrato. En efecto, la forma en que está redactada la cláusula es tan amplia que confiere una arbitrariedad muy grande a la empresa en su ejecución, lo que permite en la práctica que quede al arbitrio de la empresa de apuestas el cumplimiento del contrato. La cláusula no distingue el momento temporal de esta anulación, y en concreto si procede sólo antes de que se llegue a consumir el evento deportivo sobre el que recae la aleatoriedad de la apuesta, o si también puede hacerse después de cumplido el evento, cuando ya se ha consumado el resultado de la apuesta, y por lo tanto cuando lo que procedería ya sería su cumplimiento. Por consiguiente, la cláusula, debido a su falta de precisión, atribuye a la empresa una facultad unilateral que le permite la anulación arbitraria de las apuestas una vez consumado el evento de referencia, y por lo tanto después de comprobar que no le salía a cuenta ofrecer la apuesta en las condiciones en que lo hizo.

La conducta desarrollada por el jugador al realizar las apuestas, aprovechando que, en los términos en que se había ofertado la cuota por el empresario en ese mercado, la probabilidad de acierto era muy alta, a primera vista no constituye un acto contrario a la buena fe, ni un abuso de derecho. Es un acto de perfeccionamiento de un contrato de apuestas, a la vista de las condiciones ofrecidas por la empresa. Lo realmente relevante es el volumen de apuestas realizadas y la desproporción existente entre el riesgo asumido y el beneficio obtenido, en el marco de un contrato aleatorio en el que el error en la determinación de la cuota garantizaba el éxito de la apuesta. Es obvio que el jugador se percató enseguida del error de cálculo realizado por la empresa, que de alguna manera desvirtuaba la aleatoriedad del contrato. La realización de algunas apuestas con el beneficio consiguiente, no tacha su comportamiento de contrario a la buena fe. El problema es el volumen de apuestas realizadas en tan corto periodo de tiempo, aprovechando el error que eliminaba prácticamente la aleatoriedad y le aseguraba el acierto, que llega a ser desproporcionada (realiza 78 apuestas en menos de cuatro días, por un importe de 684,38 euros, y obtiene un premio de 2.773.164 euros). Precisamente es esa magnitud y desproporción la que pone de manifiesto que la forma de realizar las apuestas, masiva, constituye un abuso que el derecho no puede amparar. (**STS de 6 de marzo de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El jugador interpone una demanda contra la casa de apuestas solicitando el abono de 2.773.164 euros. La empresa demandada solicita la desestimación de la demanda en virtud de una cláusula del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. El demandante recurre en apelación la sentencia del Juzgado.

La Audiencia provincial estima el recurso de apelación. La casa de apuestas demandada recurre en casación la sentencia de la Audiencia.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

23. Suscripción de un protocolo familiar en el seno de un grupo empresarial formado por padre e hijos con objeto de regular las reglas de contenido moral y jurídico a las que se someterían a partir de entonces las relaciones con la empresa. Incumplimiento del protocolo por alguno de los hijos. Validez y carácter vinculante del protocolo familiar como pactos parasociales pero imposibilidad jurídica de su perpetuidad como limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara válidos los actos de disposición de acciones y participaciones efectuadas contraviniendo el Convenio familiar. Esto es así porque el Convenio no puede tener el efecto de mantener indefinidamente limitaciones a la transmisibilidad de las acciones y participaciones, pues ello comportaría una suerte de vinculación perpetua de los derechos de los socios contraria a las normas imperativas del derecho de sociedades, ya que los pactos parasociales son válidos y lícitos siempre que no resulten contrarios a la Ley, a la moral o al orden público. (**STS de 20 de febrero de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En 1983 los integrantes de un grupo familiar suscribieron un Convenio en el que se procedía a repartir y adjudicar las participaciones societarias de las sociedades del grupo, para asegurar una ordenada sucesión en las empresas familiares tras el fallecimiento de los fundadores. El grupo empresarial, compuesto de varias sociedades, mantuvo su capital distribuido en los porcentajes antes indicados, hasta que varios de los hermanos (sin intervención de los demandantes) decidieron proceder a la celebración de las permutas, compraventas y donaciones de las acciones y participaciones sociales. Los hermanos restantes solicitan la nulidad de tales disposiciones por incumplir el protocolo familiar. El protocolo familiar no fue objeto de ninguna de las modalidades de publicidad registral previstas en el RD 171/2007, de 9 de febrero; no contenía cláusula penal en caso de incumplimiento; tampoco se incorporó a la esfera corporativa mediante el instrumento de exigir su cumplimiento como prestación accesoria prevista en estatutos; ni constaba modificación o adaptación de los estatutos sociales para establecer reglas limitativas a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales.

El Tribunal Supremo reconoce la eficacia de los pactos parasociales si bien declaró que el protocolo familiar no podía comportar mantener indefinidamente las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales, impidiendo modificar el porcentaje de participación de cada socio en el capital social, generando una suerte de vinculación perpetua de los derechos de los socios, especialmente, una vez satisfecha la finalidad principal a que respondió de asegurar una ordenada sucesión en las empresas familiares tras el fallecimiento de los fundadores. Así pues, concluyó que no hay base jurídica en esta sede casacional para declarar el

incumplimiento doloso del protocolo familiar que pretenden los recurrentes, ni para declarar la nulidad de los contratos de permutas y compraventas impugnados. (A. A. O.)

24. Enriquecimiento sin causa. Aplicación en el marco de una reclamación por la deuda remanente tras una ejecución hipotecaria.

Punto de partida.—La constitución de una garantía hipotecaria no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 CC (art. 105 LH). No habiendo convenido las partes que la responsabilidad patrimonial quede limitada a los bienes hipotecados, tal y como permite el artículo 140 LH, el acreedor puede reclamar el importe del crédito que no haya sido satisfecho con la ejecución de la garantía. En este contexto, podría apreciarse un enriquecimiento injusto por parte del acreedor únicamente si, tras la adjudicación del bien, hubiese obtenido una plusvalía muy relevante en un relativamente corto período de tiempo. La razón es que la obtención de semejante plusvalía permite concluir que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor de lo que resulta de la adjudicación, enriqueciéndose injustamente el acreedor si la deuda no se reduce al menos en parte.

Enriquecimiento sin causa. Aplicación en el marco de una reclamación por la deuda remanente tras una ejecución hipotecaria. Requisitos.—Los dos requisitos exigidos para apreciar un enriquecimiento injusto son, por un lado, que el intervalo de tiempo transcurrido entre la adjudicación y la transmisión posterior sea relativamente breve; y, por otro, que el importe de la plusvalía obtenida sea «muy relevante». El factor temporal puede ser analizado utilizando como referencia el plazo de diez años al que se refiere el actual artículo 579.2.b) LEC. Por su parte, la entidad de la plusvalía no puede ponderarse limitándose a una mera comparación entre el valor de adjudicación y el precio de la venta posterior. Las circunstancias del caso concreto deben ser tenidas en cuenta, lo que incluye, por ejemplo, no desconocer la evolución de los precios de la vivienda en el período considerado. Así, si se produjo una revalorización del precio de la vivienda en general, para poder hablar de enriquecimiento injusto es necesario que la plusvalía obtenida por el acreedor ejecutante sea muy relevante en relación con esa revalorización. (STS de 5 de marzo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Tras el incumplimiento de la obligación de reembolso derivada de un contrato de préstamo garantizado con una hipoteca, el banco acreedor ejecutó la garantía. El procedimiento de ejecución hipotecaria concluyó con una subasta que quedó desierta, siendo la finca adjudicada al acreedor por un importe de 30.000 euros, por auto de 24 de abril de 2003. Casi un año después, el nuevo propietario vendió el inmueble a un tercero por un precio de 36.000 euros. En enero de 2009, el ejecutante solicitó que continuase la ejecución, en reclamación de la parte de la deuda que no había sido cubierta en el procedimiento de ejecución hipotecaria; acordándose despachar ejecución frente a los codeudores por auto de 20 de febrero de 2009.

Uno de los deudores presentó una demanda contra el acreedor ejecutante el 8 de octubre de 2015, solicitando su condena al pago

de una determinada cantidad o, alternatively, a que procediese a la cancelación de la deuda derivada de la ejecución retomada en 2009, teniéndose por completamente cancelada y pagada.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, declarando el enriquecimiento injusto del acreedor ejecutante y acordando la reducción de la deuda reclamada por este último en el proceso de ejecución reiniciado en 2009. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia por el demandante, y estima la impugnación formulada por el demandado, revocando parcialmente la resolución objeto de recurso. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante-ejecutado.

NOTA.-Téngase en cuenta la existencia de numerosos cambios legislativos, introducidos en los últimos años en la normativa sobre ejecución hipotecaria, que no son aplicables en el litigio resuelto por la sentencia extractada. Lo cual no impide que el Tribunal Supremo se sirva del marco normativo vigente para perfilar su jurisprudencia sobre el enriquecimiento injusto en contextos como el que nos ocupa. (R. P. C.)

25. Incendio forestal: Responsabilidad extracontractual.-1. Preámbulo. Esta Resolución de la Sala Primera alberga un proceso extraordinariamente complejo, por causa del gran número de perjudicados y elevada cuantía inicial de las reclamaciones, que la Sala ha intentado y logrado clarificar; lo que, a su vez, repercute en la duración del proceso mismo, afectando también a su aspecto procesal al promulgarse entretanto la LEC 2000. Hay un previo proceso penal absolutorio. Al juicio civil seguido con carácter previo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona se acumulan gran número de otros procesos ordinarios, interpuestas por los grupos de demandantes que también se consideran perjudicados. De todos ellos interesa destacar el juicio ordinario núm. 683/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona por importe de 4.491.804,07 €. De estas cantidades, corresponden a la pretensión de D. Remigio la suma de 3.055.216,10 €, y de 527.693,02 € a la de Escardivol SATLim. 396 CAT, ambos recurrentes en casación y recurso extraordinario por infracción procesal.

2. Actuación de la parte demandada. Contestó a las demandas oponiéndose, alegando prescripción de parte de las demandas y negando su responsabilidad del siniestro por no encontrarse el origen del mismo en la línea eléctrica de su propiedad, y subsidiariamente impugnando las cantidades reclamadas en concepto de cuantificación de los daños.

Respecto de la demanda interpuesta por el Sr. Remigio alegaba que estos demandantes debían acreditar que sus fincas fueron efectivamente afectadas por el incendio de DIRECCION046 y no por cualquiera de los otros dos incendios que también se produjeron.

Subsidiariamente alegó pluspetición, remitiéndose a la pericial que proponía.

3. Sentencia de primera instancia, de fecha 4 de septiembre de 2012. Estimó parcialmente todas las acciones ejercitadas por determinados grupos de demandantes en algunos de los procesos acumulados, y desestimó algunas de las acciones ejercitadas por el resto de los grupos de demandantes, en los términos que detalla con precisión el extenso fallo.

Desestimó la prescripción que alegaba la demandada.

Fundamentó la estimación de las pretensiones que resultaron estimadas en que consideró acreditados los elementos exigidos por el artículo 1902 CC. Considera acreditado que la demandada no había adoptado todas las precauciones necesarias para evitar un siniestro como el que se produjo, y dedica la mayor parte de sus fundamentos de Derecho al examen detallado de cada una de las pretensiones de reparación de los daños y perjuicios.

Recurso de apelación.

4. Los ahora recurrentes en casación y recurso extraordinario por infracción procesal formularon respectivos recursos de apelación, así como lo hicieron otros demandantes que no han interpuesto recurso ante esta Sala Primera.

Sentencia de segunda instancia de 25 de noviembre de 2015.

Sentido del fallo y fundamentación.

Estima en parte el recurso de apelación formulado por Endesa y los formulados por algunos de los demandantes.

Desestima los recursos formulados por otros demandantes, entre ellos el interpuesto por los ahora recurrentes en casación y extraordinario por infracción procesal.

La sentencia diferencia entre los incendios que denomina como de DIRECCION046 y de DIRECCION050, y concluye que este último no puede considerarse derivado del anterior. Determina que está suficientemente acreditada la responsabilidad del demandado por causa de una deficiente disposición de los elementos de protección de la línea eléctrica. Más precisamente, considera que el concreto fenómeno causante del inicio del fuego consistió en un sobrecalentamiento de la línea con sobrecarga inferior al punto de fusión de los cables debido a la deficiente instalación de los fusibles.

Examina a continuación los recursos de los demandantes para determinar la corrección de las indemnizaciones que les fueron concedidas y su actualización.

Respecto de los recurrentes en casación y extraordinario por infracción procesal, Sr. Remigio y Escardivol SAT, el FD 25.º de la sentencia examina su alegación de incongruencia, y frente a la alegación de que la demandada nunca negó la existencia de bienes (y se opuso sólo a su valoración) considera que la demandada se opuso a todos los conceptos por los que se reclamaba indemnización, señalando la falta de acreditación documental de los mismos, si bien los peritos llamados por dicha demandada emitieron una valoración sobre los bienes que indicaban los dictámenes periciales, porque no tenían conocimiento directo de cuáles pudieran ser tales bienes.

La representación de Endesa interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación en los términos que se expondrán. También interpuso recurso extraordinario y de casación la representación procesal de D. Remigio y Escardivol SAT Ltda. 396 Cat. La Sala, por Auto de 31 de octubre de 2018, acordó admitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por sendas partes recurrentes. Las partes recurridas se opusieron si bien con alegaciones sobre óbices de admisibilidad. Siendo común la causa de pedir en todas las demandas, no puede dividirse su continencia por motivos de cuantía.

Recurso extraordinario de Endesa por infracción procesal. La recurrente mezcla en el desarrollo del motivo argumentos que hacen referencia a la carga de la prueba y otros referidos a la valoración de la prueba, si bien olvida que el motivo se formula al amparo del artículo 469. 1.2 LEC, y si quería

atacar el *factum* de la sentencia recurrida debía interponerlo al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, concretado en la vulneración del principio de tutela efectiva del artículo 24 CE (SSTS de 4 marzo de 2011, 25 de abril y 28 de junio de 2012, 30 de abril de 2013 y 8 de abril de 2016). En consecuencia el recurso se reduce a la carga de la prueba. En el presente caso se ha de indagar si la s. recurrida tiene por acreditada la causa y el origen del incendio o no. Sólo en el último supuesto serían de aplicación las reglas sobre la carga de la prueba.

La sentencia recurrida, en un encomiable esfuerzo de motivación, predicable también de la sentencia de primera instancia, dedica el fundamento de derecho tercero acerca del origen del fuego de DIRECCION046, y en el frontispicio del fundamento ya afirma la responsabilidad exclusiva de Endesa «en el origen del incendio». Afirma que: «En efecto, cabe tener por suficientemente acreditado el nexo causal directo entre ese incendio y el incorrecto funcionamiento de la línea eléctrica que alimenta la pedanía de DIRECCION046, pudiendo añadirse a modo de probabilidad más cualificada, que el concreto fenómeno causante del inicio del fuego consistió en un sobrecalentamiento de la línea con sobrecarga inferior al punto de fusión de los cables debido a la deficiente instalación de los fusibles. Cuanto precede implica el descarte de otra de las hipótesis también manejadas en el proceso (contactos entre los cables situados entre los postes 5 y 6 que alimentan la pedanía de DIRECCION046 debido a un excesivo destensado), pues la inspección de ese tramo llevada a cabo el día 22 de julio revela la ausencia de signos de contacto entre conductores en ese lugar, por bien que sí los hubo entre los conductores situados entre Can Planas y Can Vima». Como la sentencia recurrida, se comparta o no, tiene por acreditada la causa y el origen del incendio tras valorar la prueba practicada, sin obviar argumentos, en uno y otro sentido, con tutela judicial muy efectiva, es por lo que el motivo se desestima, y además adolece de déficit de técnica casacional por aparentar su formulación la de un escrito de alegaciones.

El 2.º motivo se interpone al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, por infracción del artículo 386 LEC, consistente en la interpretación ilógica que, a su juicio, hace la s. respecto de los indicios en que funda su decisión, pues, partiendo de un hecho no admitido ni probado, deduce un hecho presunto, respecto del que no establece un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Más adelante concreta, e intenta, una revisión de la prueba en el sentido de que ambos tribunales de instancia han reiterado que no se ha acreditado la caída de chispas, pues no se ha acreditado el contacto entre los cables de la red de distribución de la energía eléctrica.

Pero lo que mantiene la sentencia es todo lo contrario, pues en su extensa y profunda valoración de la prueba, concede credibilidad al menor Augusto, de 14 años de edad, por ser un testigo privilegiado de los hechos, que sostuvo desde el primer momento haber observado casualmente desde su domicilio en DIRECCION046 «chispazos» —como de soldadura— provenientes de los conductores situados en las inmediaciones de su residencia (DIRECCION047), recalcando además que esos chispazos se iniciaron a unos 7 u 8 metros de las palometas de sujeción y que corrían en dirección al campo de labor donde se inició el fuego situado a unos 200 metros de distancia.

A juicio del Tribunal de apelación sus aseveraciones no han sido contradichas por el resto de pruebas practicadas. El Tribunal analiza en profundidad las testificales, y da como probado que «caían gotas de plástico ardiendo», que caían sobre el campo «trozos de plástico con fuego dentro».

El Tribunal, con celo en la valoración de la prueba, reseña los testigos que no vieron tales caídas y ofrece una explicación de ello. Por tanto, el hecho base que la recurrente afirma que la s. recurrida, no tiene como acreditado, vemos que sí lo tiene. A partir de la 2.^a razón el Tribunal motiva a qué pudieron deberse las caídas, y ahí obra con argumentos lógicos y no arbitrarios de inferencia. El motivo ha de desestimarse.

Por tanto, la sentencia recurrida tiene como probada la existencia de chispazos y caídas de trozos de plástico incandescentes y, a continuación, sí analiza y opta por la explicación más plausible a tales hechos. No lo hace alegremente y de forma arbitraria, sino con fundamento en las pruebas practicadas, entre las que tienen peso los informes técnicos.

Conforme a la doctrina de la Sala lo que se somete al control casacional es, en definitiva, la sumisión a la lógica de la operación deductiva, quedando reservada a la instancia la opción discrecional entre diversos resultados posibles. Tal doctrina se recoge en sentencias más cercanas: de 25 de marzo de 2013 y 28 de abril de 2014, entre otras. La prueba indirecta, siguiendo la doctrina de la Sala (sentencia de 27 mayo de 2008) no requiere la existencia de un resultado único, sino que es posible admitir diversos resultados lógicos de unos mismos hechos base, pues de no ser así no nos encontraríamos ante una verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia*.

Así ha obrado el Tribunal de apelación, con rigor y minuciosidad, optando por una hipótesis y descartando otras, como anuncia y luego motiva en el inicio del FD 3.º Acude a la teoría de la probabilidad estadística o probabilidad cualificada, teoría estrechamente relacionada con la causalidad, citada por sentencia de 30 noviembre de 2001, que afirma que si bien «la determinación del hecho causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente (en casos singulares) un régimen de probabilidad cualificada».

Por tanto, el motivo ha de desestimarse.

Motivo 3.º Se interpone al amparo del artículo 469.1, 2.º LEC de 2000 por infracción de las reglas sobre la carga de la prueba alegando que, a tenor del artículo 217.2 LEC incumbe al demandante respecto de los hechos en los que basa la viabilidad de la acción, incurriendo la sentencia recurrida por basar su decisión, no en hechos y circunstancias que hayan quedado debidamente probadas, sino acudiendo a la teoría de la probabilidad más cualificada. La sentencia otorga más valor probatorio a la prueba de testigos que a la de peritos sin justificar en absoluto esa arbitraria decisión.

Para la desestimación del motivo, la Sala se remite al primer motivo respecto a la confusión entre la carga de la prueba y la valoración errónea de la practicada, insistiendo la parte recurrente en esto último por cauce inadecuado, así como al segundo motivo, en el que se recoge cómo la doctrina de la Sala sigue en cuanto a la relación de causalidad, la teoría de la probabilidad cualificada.

El motivo 4.º se articula al amparo del artículo 469.1, 2.º LEC por infracción de las normas reguladoras de la s. y, en concreto, de las reglas sobre la aclaración, subsanación y complemento de las resoluciones judiciales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 214.1 LEC. Se denuncia que la infracción ha sido cometida mediante el Auto de aclaración de fecha 21 de enero de 2016, ya que contiene pronunciamientos distintos y adicionales a los pedidos por la parte, concediéndole la oportunidad procesal de reclamar posteriormente a la recurrente responsabilidades derivadas de estos mismos hechos, por lo que, amén de infringir el artículo 400 LEC, choca frontalmente también con el

artículo 216, en relación con los artículos 214 y 215 LEC, generándole indefensión por el ulterior momento procesal en que se ha producido.

Doctrina jurisprudencial sobre aclaración de la sentencia de apelación.—La solicitud de aclaración de la s. de apelación la instó la representación procesal de los demandantes don León, don Rodolfo, don Primitivo y don Pelayo, DIRECCION000 C. B. y don Jesús Miguel.

En los FJ 15.º y 17.º, relativos a los recursos del Sr. Jesús Miguel y de los Sres. Pelayo y Rodolfo Primitivo, respectivamente, se señala lo siguiente:

15.º Rechazado el dictamen complementario, es imposible que se precise qué parte estaba en cada una de las dos zonas y qué valor pueda atribuirse a la comprendida en la parte afectada por el incendio de DIRECCION046 o DIRECCION048. En el recurso se indica que en caso de dudas bien fácil habría sido para la Juez hacer tal cosa. Eso no era viable ni puede ser acordado ahora por la Sala porque claramente no lo permite el artículo 279 LEC. La posibilidad de dejar el tema para un proceso declarativo posterior no ha sido planteada.

17.º No resulta posible estimar el recurso, pese a que todo indica que una parte de la finca de los Sres. Rodolfo, Primitivo y Pelayo fue afectada por el incendio alcanzado por el incendio iniciado en DIRECCION046. No tenemos modo de fijar una cantidad para los daños sufridos en esa parte de la finca, la ley no permite que se difiera el tema a la ejecución y no se ha pedido que se deje para un pleito posterior.

16.º Argumentación parecida se sigue respecto del recurso interpuesto por don León en el fundamento aquí mencionado, con la agravante de que la situación de los números a que extendió el perito durante su declaración en el acto del juicio es claramente en el interior de la zona verde. El dictamen pericial no lleva plano y, aunque indique las parcelas catastrales que comprende la finca o fincas, ello no permite diferenciar qué parte fue afectada por cada uno de los incendios.

De la lectura de los expresados fundamentos de derecho, se desprende que se reconoce la certeza de que una parte de las fincas de mis representados fueron afectadas por el incendio de DIRECCION046, en estos términos: Es imposible que se precise qué parte estaba cada una de las dos zonas y qué valor puede atribuirse a la comprendida afectada por el incendio de DIRECCION046 o DIRECCION048; ello no permite diferenciar qué parte fue alcanzada por cada uno de los incendios; pese a que todo indica que una parte de la finca de los Sres. Rodolfo, Primitivo y Pelayo, fue afectada por el incendio iniciado en DIRECCION046.

Sin embargo, la sentencia desestima los recursos interpuestos por mis mandantes, argumentando la imposibilidad de que en el momento de dictar s. se pudiera precisar qué parte de las fincas propiedad de los recurrentes estaba o no incluida en la zona afectada por el incendio de DIRECCION046 y, con ello estimar la condena al pago de la indemnización por daños y perjuicios. En los dos fundamentos 15.º y 17.º se utiliza la expresión «dejar para un *pleito* posterior», y para hacer comprensible la misma, resulta preciso saber si con ello la Sala quiere decir que habría sido estimado el recurso, en el caso de limitarse a una declaración del derecho de los recurrentes a ser indemnizados por la afectación parcial de sus fincas por el referido incendio, dejando la declaración del montante de la indemnización para un proceso declarativo ulterior, o cuál puede ser el significado y sentido de tal expresión, y ello habida cuenta de la aparente imposibilidad de reserva de reclamación en otro proceso declarativo, a la vista de las reglas de la cosa juzgada de las senten-

cias civiles firmes ex artículo 222 LEC, que inviabilizaría el ejercicio de la misma pretensión deducida en un proceso judicial previo.

Pretende que se aclare si se está dejando abierta la posibilidad de reclamar judicialmente el montante de la indemnización correspondiente, en forma de reserva de la acción, al haber quedado acreditada la afectación parcial de las fincas de los demandantes por el incendio de DIRECCION046.

El Tribunal de apelación dictó el Auto, cuya infracción se denuncia, de fecha 21 de enero de 2016. Acogió la petición habida cuenta la utilidad de la subsanación solicitada a fin de que pueda llevarse plenamente a efecto esa resolución de fondo, máxime cuando en sus FJ 15.º, 16.º y 17.º se argumentó acerca de la improcedencia de una determinada solución legal, pese a que no había sido formalmente planteada, en cambio, se omitió todo pronunciamiento sobre otra posible alternativa legal (deferir la determinación de esos perjuicios para otro pleito) por el simple hecho de no haber sido introducida en la *litis*.

Según afirma el Auto de 16 de septiembre de 2014 «en el marco previsto en el artículo 267 LOPJ, los artículos 214 y 215, prevén también la invariabilidad de las resoluciones judiciales después de firmadas sin perjuicio de la posibilidad de que puedan ser objeto de aclaración respecto de algún concepto oscuro, y de rectificación de cualquier error material y aritmético, además de la posibilidad de la subsanación y complemento en los términos previstos en el artículo 215 LEC (ATS de 17 de febrero 3 y 7 de abril de 2014, entre los más recientes). En concreto, después de proclamar el artículo 214,1 que los Tribunales no podrán variar sus resoluciones una vez firmadas, los apartados 2 y 3 del mismo precepto permiten tanto aclarar algún concepto oscuro, como corregir o rectificar cualquier error material de que adolezcan, ya sea de oficio o a instancia de parte, siempre en los plazos previstos, salvo los meros errores materiales manifiestos o aritméticos, que pueden ser rectificadas en cualquier momento. Y por su parte, el artículo 215 LEC dispone, en síntesis, que, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento anterior, también es posible subsanar y completar las omisiones o defectos de que pudieran adolecer sentencias y autos, que fuera necesario remediar para llevarlas plenamente a efecto».

«En interpretación de dichos preceptos y del principio de invariabilidad de las sentencias, que la jurisprudencia constitucional declara que se integra dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, se viene declarando constantemente que no es posible sobrepasar el objeto específico de estas excepcionales vías de aclaración, rectificación o complemento, siendo improcedente todo intento de combatir por estos cauces los razonamientos de una resolución firme, con los que se discrepa (ATS de 11 de febrero de 2013 y 22 de abril de 2014)».

El artículo 215 LEC permite la subsanación de defectos de incongruencia por omisión, y su aplicación está limitada a las funciones específicas reparadoras para las que ha sido establecido, ya que, solo desde esta estricta perspectiva, esta vía resulta plenamente compatible con el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (entre otras STC de 22 mayo de 2006).

En consecuencia, estas instituciones procesales no pueden ser utilizadas para fines ajenos a los expresamente previstos en la Ley, ni para replantear la cuestión controvertida al margen de los cauces específicos que otorga el procedimiento (por todos, y entre los más recientes ATS de 10 diciembre de 2013).

Las SSTC de 18 de diciembre de 2006 y 23 de julio de 2007, establecieron que únicamente son susceptibles de aclaración aquellos extremos que no impliquen un juicio valorativo o exijan operaciones de calificación jurídica o

nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni que supongan la resolución de cuestiones discutibles y opinables.

Lo que no cabe es que, al socaire de la intangibilidad de las sentencias firmes, prevista precisamente para la efectividad del derecho a la tutela judicial, se pretenda que forme parte del contenido de éste beneficiarse de oscuridades, omisiones o errores materiales de aquéllas que con toda certeza puedan deducirse del propio texto de las sentencias.

Precisamente por ello el motivo no puede estimarse.

El Auto de aclaración y complemento, objeto de la infracción denunciada en el motivo, no lleva a cabo juicios valorativos, operaciones jurídicas, o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba respecto de las contenidas en la sentencia que aclara y complementa. A la vista de que, a través del litigio, se ha esclarecido que la demandada sólo ha de responder de los daños ocasionados por el incendio de DIRECCION046, y no de los ocasionados por el de DIRECCION049, así como que los demandantes tienen posesiones que se ubican en ambos términos, es lógico que deban escindir a efectos indemnizatorios. Para ello la sentencia desestima la petición de que se lleva a cabo en ejecución de sentencia, en aplicación del artículo 219 LEC.

El motivo 5.º se articula al amparo del artículo 469.1.2.º LEC por incurrir en vicio de incongruencia con infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y en concreto del art. 2. Alega la recurrente que la resolución de la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, constituida por el Auto de 21 enero de 2016 que subsana la sentencia de 21 de noviembre de 2015 infringe el artículo 218.1 LEC 2000, incurriendo en el vicio de incongruencia.

La Sala estima que basta la cita de la sentencia de 28 de noviembre de 2013, para desestimar el presente motivo, pues la sentencia que remite a otro pleito como reserva de liquidación no es incongruente por el hecho de que en la demanda no se haya solicitado tal reserva sino la condena al pago de una cantidad líquida.

No obstante y por ser de interés el supuesto litigioso, dada la disyuntiva con la que se enfrentó el Tribunal de apelación, nos remitimos a la doctrina de la Sala contenida en la sentencia de 14 sentencia 2018.

«Si bien el art. 219 LEC. obliga a los Tribunales a fijar la cantidad objeto de condena «sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia», tal exigencia ha de ser interpretada en el sentido de que no debe acceder a una petición de parte en tal sentido. Es cierto que se insiste en ello en el artículo 219 que sin embargo, permite al Tribunal declarar simplemente la obligación de pago de una cantidad de dinero y dejar para un proceso posterior la concreta liquidación de la cantidad debida, previsión que tiende a evitar que la ejecución constituya un nuevo proceso complejo.

«Esta Sala en sentencia de 16 enero 2011, citada con acierto por la sentencia recurrida, vino a decir lo siguiente: Es cierto que el legislador procesal del 2000 establece, de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas, de modo que las regulaciones que prevé se circunscriben, aparte supuestos que la propia LEC señala (...), a eventos que surjan o se deriven de la propia ejecución. Con tal criterio se trató de superar la problemática que se planteaba con anterioridad en la aplicación del art. 360 LEC 1881, precepto de contenido tan correcto como defectuosamente aplicado. De conformidad con el mismo, la realidad o existencia del daño (salvo *in re ipsa*), las bases y la cuantía debían acreditarse necesariamente en el proceso declarati-

vo, si bien podía suceder que las bases o la cuantificación no fuera posible fijarlas, y entonces cabía diferirlas para ejecución de sentencia. Esto nunca era aplicable a la realidad o existencia del daño, pues incluso en caso de imposibilidad de acreditarlo, la falta de prueba acarreaba la desestimación de la pretensión correspondiente. Sucedió en la práctica que el temor a no obtener un pronunciamiento favorable en sede de costas, si la sentencia no accedía a la indemnización reclamada retraía a los demandantes en la fijación de una suma indemnizatoria, y ello ocurría incluso a pesar de que en alguna medida se trató de solventar con la doctrina denominada de «estimación sustancial», y, por otra parte, por razones de desidia probatoria de las partes durante el proceso, y de comodidad de las resoluciones judiciales que no motivaban si había habido o no posibilidad de probar en el periodo correspondiente, se terminó por imponer la rutina de remitir la cuantificación a ejecución de sentencia.. Con tal actitud se generó un incremento litigioso al insertarse en el proceso de ejecución un incidente (nuevo proceso) declarativo sobre el daño con el consiguiente aumento del coste –tiempo y gastos– y derroche de energías sociales. Para corregir la situación se entendió, con sana intención, que había que exigir la cuantificación dentro del proceso declarativo y a ello responden los preceptos procesales que se examinan. La normativa, como regla general, es saludable para el sistema, empero un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables cuando, por causas ajenas a ellos, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso, no ofrece duda, que, dejarlos en tales casos sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, y para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales –contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial–, permitan dar satisfacción a su legítimo interés. Se puede discutir si es preferible remitir la cuestión a un proceso anterior (*sic*)... o excepcionalmente permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución... pero lo que en modo alguno parece aceptable es el mero rechazo de indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para cuantificación. Los dos criterios han sido utilizados en sentencias de esta Sala según los distintos supuestos examinados, lo que revela la dificultad de optar por un criterio unitario sin contemplar las circunstancias singulares de cada caso. El criterio de remitir a otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, y el criterio de remitirla otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, y el criterio de remitir a la fase de ejecución supone una simplificación y, posiblemente un menor costo –economía procesal–.

Causalidad y reglas de imputación de responsabilidad en el contexto de un incendio forestal.—El recurso se articula por el cauce del artículo 477.2.2.º LEC. por aplicación incorrecta de la doctrina de la Sala sobre las reglas de imputación objetiva de responsabilidad en el contexto de un incendio forestal. Alega que la sentencia aplica erróneamente la doctrina de la Sala respecto al criterio de la responsabilidad objetiva, por aplicar el criterio puro que le lleva a atribuir responsabilidad a Endesa por medio de la aplicación de la teoría de la responsabilidad del agente en cuya «esfera de control» se origina el evento dañoso. La doctrina de esta Sala no elimina absolutamente el elemento de culpa de responsabilidad civil extracontractual (art. 1901 CC) sino que lo

matiza o modula, pero siempre manteniendo la exigencia de cierto reproche culpabilístico ya sea por acción u omisión. La SAP de Barcelona recurrida no es más que la errónea aplicación de una teoría de la objetivación de la responsabilidad civil que no encaja con la doctrina del Tribunal Supremo.

En el presente recurso de casación se reitera lo sostenido en el recurso por infracción procesal cuando afirma que «cabe tener por suficientemente acreditado el nexo causal directo entre ese incendio y el incorrecto funcionamiento de la línea eléctrica que alimenta la pedanía de DIRECCION046, pudiendo añadirse, a modo de probabilidad cualificada, que el concreto causante del inicio del fuego consistió en un sobrecalentamiento de la línea con sobrecarga inferior al punto de fusión de los cables debido a la deficiente instalación de los fusibles. De esa razón de decidir, no existiendo duda sobre la realidad del daño, se colige que la sentencia recurrida tiene por acreditada la relación de causalidad entre el anómalo funcionamiento de la línea eléctrica de la recurrente y el incendio, así como la culpa de ésta en ese mal funcionamiento, esto es, la imputación, la basa en un reproche culpabilístico y no en una responsabilidad objetiva.

Entiende la Sala que a partir de la existencia del daño la determinación del nexo causal entre este y el sujeto al que se le reclama es requisito ineludible para la imputación de la responsabilidad, ya sea a título subjetivo u objetivo (sentencia 15 de noviembre de 2006). Por tanto, la causalidad, al igual que sucede con el daño, constituye elemento imprescindible de la responsabilidad civil; de forma que sin su existencia o ausencia de prueba queda excluida todo tipo de responsabilidad civil. Será necesario resolver primero la causalidad material o física. Se dice que existe causalidad material o física cuando se llega a la conclusión lógica de que de no haber mediado el hecho ilícito del demandado el daño no habría tenido lugar. Esta causalidad material ha de ser empíricamente verificable, habiendo destacado a la hora de abordarla la teoría de la equivalencia de las condiciones. Para ésta sería causa toda condición que ha producido el resultado, de forma que éste no se hubiese desencadenado si la condición no se hubiese dado. La teoría de la equivalencia de las condiciones es suficiente para relevar la existencia de la primera secuencia causal, para determinar la causalidad material o física (STS de 17 de mayo de 2007).

Esta secuencia causal aparece acreditada en autos. La sentencia recurrida tiene por probada la causa y el origen del incendio, y la residencia en el tendido eléctrico de la recurrente. Tiene por probada la existencia de chispazos en éste, así como que caían del mismo gotas de plástico ardiendo, trozos de plástico con fuego dentro, y, a continuación, opta por la explicación más plausible a tales hechos origen del incendio. Finalmente acude a la teoría de la probabilidad estadística o probabilidad cualificada para la determinación del nexo causal.

No obstante, la teoría de la equivalencia de las condiciones sufrió críticas por contradecir la sensibilidad jurídica. Por ello se predica como ineludible discriminar o seleccionar de entre las múltiples causas. Cuando se lleva a cabo tal valoración se traspasa el campo de la causalidad física al de la jurídica, al fin de delimitar qué daños producidos en el curso causal han de ser puestos a cargo del agente. Para conseguir esa delimitación se ha acudido a la teoría de la causalidad adecuada y a la imputación objetiva.

En el caso enjuiciado el Tribunal de Apelación no aprecia ningún criterio que abone la ausencia de imputación objetiva, pues parte de que la conducta de la recurrente, como responsable del tendido eléctrico y de su

mantenimiento, es la causa directa y eficiente del incendio causante del daño. La causalidad jurídica sirve para evitar que el sujeto negligente responda de cualquier consecuencia remota, improbable o remota que pudiera derivarse de su conducta. Pero no es el caso, pues aun contemplando este a la luz de la doctrina de la causalidad adecuada, no se excluye la imputabilidad (STS de 17 de mayo de 2017), porque habida cuenta de las circunstancias del caso, tan minuciosamente recogidas y valoradas en la instancia, no cabía descartar como extraordinariamente improbables (*ex ante* y por un observador experimentado, suficientemente informado) el resultado producido, esto es, el incendio. Que sea devastador como es el caso, o más limitado, no es lo sustancial, pues no constan concausas imputables a terceros.

Doctrina jurisprudencial sobre causalidad material y jurídica.—La culpa se residencia en la idea de negligencia, pero no una negligencia cualquiera, pues se atenderá a las circunstancias del sector del tráfico o de la vida social en que la conducta del agente se proyecta. En materia de suministro de energía ha existido una fase más partidaria de establecer la responsabilidad por riesgo de la empresa eléctrica que organiza el tendido o la línea, con caracteres que venían a determinar una objetivación de responsabilidad (SSTS de 15 de diciembre de 1996 y 2 de abril de 1998, entre otras), a la que ha seguido otra en que, sin negar la existencia de riesgo, no lo considera tan extremo como para justificar la objetivación de la responsabilidad. A tales efectos las sentencias que cita la recurrente se compadecerían con tal afirmación.

Lo anterior no lo contradice que, en la razón 10.^a del FD 3.^o se acuda al expediente de la disponibilidad probatoria, como argumento de refuerzo. La teoría de la proximidad o facilidad probatoria (también conocida como «teoría de las cargas probatorias dinámicas»), por virtud de la cual la carga de la prueba pesa sobre la parte que esté en mejores condiciones procesales de aportarla, ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en la vigente LEC 2000, en cuyo artículo 217.7, relativo a la carga de la prueba, se establece que «el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio». Por tanto, una cosa es que el perjudicado tenga la carga de probar la culpa del agente causante del daño, y otra que se acuda al paliativo de la facilidad probatoria. De ahí la afirmación de la sentencia recurrida de que esa disponibilidad probatoria correspondía a la recurrente, por ser la propietaria de la línea eléctrica y sobrevenir el incendio en su esfera de control y dirección.

El Tribunal de apelación hace el siguiente reproche: «Ocurre que dicha Compañía decidió sustituir el tendido eléctrico de DIRECCION046, en enero de 1995, apenas seis meses después del incendio, llegando incluso a levantar un acta notarial que autentificaba dicha sustitución». Pero la Compañía dice haber extraviado esos cables con posterioridad. Prosigue la sentencia: «Sea como fuere, lo cierto es que no se aporta esa acta notarial ni se hace la menor mención a que la Compañía hubiera procedido al concienzudo análisis técnico del estado de los elementos sustituidos, desperdiciando con ello Endesa la oportunidad de acreditar, por ej. una hipotética inexistencia de sobretensión o de sobrecalentamiento de los conductores. Tampoco se aporta registro alguno indicativo de las intensidades alcanzadas por la corriente eléctrica en la zona el día del incendio, ni, en fin, se introduce hipótesis alguna explicativa de los chispazos en la zona de las casas que sitúe ese fenómeno fuera del ámbito de actuación de los equipos e instala-

ciones de Endesa». Como corolario cabe citar la sentencia de 12 de abril de 2013. En ella se afirma que es una constante en la jurisprudencia de la Sala la afirmación de la responsabilidad de las compañías distribuidoras de gas o electricidad por los daños debidos a fallos en el control de seguridad que les incumbe. Un supuesto similar al presente aunque la Sala entiende las graves consecuencias del que se enjuicia, fue el resuelto por sentencia de 2 de abril de 1996.

Por todo lo expuesto no puede ser estimado el recurso de casación.

Recurso por infracción procesal interpuesto por Remigio y Escardivol: Valoración de la prueba: Incongruencia.—Se articula al amparo del número 4.º del artículo 469. 1 LEC. fundado en la infracción del artículo 24 CE, en relación con el artículo 218,1 y 2 LEC, al haberse pronunciado la sentencia sobre cuestiones que no fueron fijadas como hechos controvertidos del procedimiento, habiéndose con ello causado indefensión al recurrente. Como primer motivo se alega infracción procesal de los indicados preceptos procesales en relación con la vulneración del artículo 24 CE. La sentencia impugnada dictada por la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, incurre en clara y evidente incongruencia por cuanto se pronuncia sobre la existencia de la actividad agropecuaria desarrollada por los recurrentes en la zona dañada por el incendio de DIRECCION046 de fecha 6 de julio de 1994, cuando se trata de una cuestión que no se consideró como controvertida para proceder a cuantificar los daños y perjuicios ocasionados a los recurrentes en dichas explotaciones agropecuarias. No fue un hecho alegado por la demandada, ni en su contestación a la demanda ni en el acto de la audiencia previa, por lo que no se fijó como cuestión controvertida, ni siquiera fue tampoco mencionada en el juicio, y, en consecuencia, no debe la sentencia de apelación hacer ningún pronunciamiento al respecto.

Este recurso extraordinario por infracción procesal ha de ser desestimado por las razones siguientes: 1.º) Como recoge la sentencia de 5 de mayo de 2016 «desde un punto de vista formal, porque la incongruencia, en cuanto infracción de una de las normas reguladoras de la sentencia que no cabe confundir con la falta de motivación, debe ser denunciada, no solo con la cita de un específico precepto (el art. 218.1 LEC) sino también por el cauce del artículo 469.1-2.º LEC (entre otras SSTs de 26 de octubre de 2011, 26 de marzo y 4 de octubre de 2012, 14 de octubre de 2014, y 15 de septiembre de 2015. En consecuencia, pese a fundarse correctamente el motivo en la infracción del artículo 218.1 LEC. la invocación de un cauce procesal erróneo (ordinal 4.º en lugar del 2.º) constituye causa de inadmisión apreciable ahora como desestimación». 2.º) Además, y de acuerdo con lo alegado por la parte recurrida, el motivo carece manifiestamente de fundamento (causa de inadmisión prevista en el artículo 473, 2-2.º LEC, que también cabe apreciar ahora como desestimación) habida cuenta de que la parte recurrente hace supuesto de la cuestión, pues la sentencia recurrida, tras analizar los escritos rectores del procedimiento y el contenido de la audiencia previa, alcanza la conclusión, respecto a los hechos controvertidos, de que «al impugnarse los daños y perjuicios y, en particular, su cuantificación, no se aceptaba que hubiesen afectados todos los elementos patrimoniales que los demandantes decían que se había visto afectados».

El motivo 2.º se articula al amparo del núm. 4.º del artículo 469.1 LEC. por vulneración de la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 24 CE, por infracción del artículo 348 LEC. por haber realizado la sentencia una interpretación indebida, ilógica y arbitraria de los informes periciales emiti-

dos por el perito Sr. Miguel, y las valoraciones en los mismos contenidas, habiéndose con ello causado indefensión a esta parte. Cuestiona si basta la afirmación de un perito cuando podían haberse aportado otras pruebas adicionales, de considerable eficacia probatoria, y cuando se trata de indemnizaciones de cientos de miles de euros.

En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia en la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal no cabe una tercera instancia, y para que el error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal con fundamento en el artículo 469,1.4.º LEC. debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. En relación con lo cual, el TC ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los supuestos fácticos del supuesto litigioso.

A su vez, en las sentencias de esta Sala de 28 de junio de 2012, 30 de abril de 2013 y 17 de febrero de 2015, entre otras muchas, tras reiterar la excepcionalidad de un control por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos es necesario que concurran, siendo necesario, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, material o de hecho, es decir las bases que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales. Respondiendo a respuestas singulares viene declarando la jurisprudencia en síntesis: (i) que no es posible atacar la valoración conjunta de la prueba, o lo que es igual, que la parte no puede pretender una nueva valoración conjunta distinta a la del tribunal de instancia a quien corresponde esta función soberana; y (ii) que tampoco puede atacar esa valoración conjunta mediante la impugnación de pruebas concretas ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional.

A partir de las anteriores consideraciones procedería la inadmisión del motivo por pretender la recurrente fundar el error en la valoración de la prueba teniendo en cuenta no sólo la pericial sino todas las pruebas obrantes en autos, esto es, por atacar la valoración conjunta de la prueba practicada, persistiendo que tal valoración la hiciese el perito y no el tribunal.

Prueba pericial extrajudicial en la nueva LEC.—La nueva LEC otorga naturaleza de prueba pericial a los llamados dictámenes periciales extrajudiciales, obtenidos fuera del proceso, por lo que, como recordaba la STS de 15 de diciembre de 2015, su valoración es competencia de los Tribunales, sin que sea lícito tratar de imponerla a los juzgadores. Según la STS de 30 de noviembre 2010, resulta, por lado, de difícil impugnación la valoración de dicha prueba, por cuanto dicho medio tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador, quedando atribuido a favor de Jueces y Tribunales, en cualquier caso «valorar» el expresado medio probatorio conforme a las reglas de la sana crítica, y, de otro lado, porque el artículo 348 LEC. no contiene reglas de valoración tasadas que se puedan violar, por lo que ello implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana, ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas será hacerlo en relación con los

restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar sólo cuando el resultado judicial aparezca ilógico o disparatado.

Si se aplica la anterior doctrina al caso presente, se aprecia que el Tribunal razona, de forma lógica y no arbitraria, porque el informe pericial no puede ser una prueba reina sobre la preexistencia de las explotaciones agropecuarias. En la sentencia recurrida se comparten las apreciaciones de la Juez de Primera Instancia porque la simple aportación de dos informes periciales extrajudiciales es insuficiente a estos efectos. Podría ser bastante si no hubiera habido ninguna otra posibilidad de aportar otros medios de prueba. Pero aparte de documentos comerciales podrían haberse aportado otras pruebas. Se trató de unos hechos gravísimos, que ocasionaron unos daños enormes y que generaron una profusa información gráfica. La prensa publicó una enorme cantidad de imágenes como se ha acreditado en las actuaciones. Sin embargo, los perjudicados no han aportado una sola imagen del estado en que quedaron sus explotaciones tras ser afectadas por el fuego, cuando podían representarse ya en aquellos momentos iniciales que quizá fuese preciso acreditar la realidad y alcance de los daños; no se ha acreditado tampoco la solicitud de ayudas a la Administración ni la resolución que al respecto se adoptase, lo cual habría sido de esperar en caso de haber existido los enormes daños que se afirma existieron. Se dice que se pidieron las ayudas, pero ello no se acreditó, mientras que la declaración de D. Secundino, funcionario encargado del servicio que tramitó las ayudas de la Administración, según quien cuando se pedían éstas hacían comprobaciones de los daños existentes. Tampoco se aportaron facturas de los trabajos realizados en la explotación de la sociedad Escardivol, ubicada en Viver y Serrateix, cuando según la declaración del perito en el acto del juicio se había reconstruido más de la mitad de dicha explotación.

Es evidente que no es preciso acreditar la reparación de las cosas dañadas cuando se reclama por los daños producidos. La cuestión no es ésa, sino si basta la afirmación de un perito extrajudicial cuando podían haberse aportado otras pruebas adicionales, de considerable eficacia probatoria, y cuando se trata de indemnizaciones de cientos de miles de euros.

Requisitos generales del recurso de casación.—El recurso de casación contiene dos motivos: (i) Por infracción del artículo 1902 CC, en relación con el artículo 218 LEC por indebida aplicación al conceder la sentencia recurrida al Sr. Remigio y a Escardivol S. A. T. una indemnización inferior por los daños y perjuicios efectivamente producidos como consecuencia del incendio de DIRECCION046 en fecha 4 de julio de 1994; (ii) Infracción del artículo 1902, en relación con el artículo 348 LEC, por indebida aplicación al conceder al Sr. Remigio SAT y a Escardivol SAT una indemnización inferior a la valorada correcta y objetivamente por el perito D. Miguel por los daños y perjuicios efectivamente padecidos por los recurrentes en sus explotaciones agropecuarias, como consecuencia directa del incendio de DIRECCION046 en fecha 4 de julio de 1994.

Según el Acuerdo de la Sala sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal, en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, que sustancialmente sigue el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011, en lo ahora relevante, el recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC). Por ende, entre los requisitos generales del recurso de casación se encuentra que los motivos deben respe-

tar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida. Ello implica: (i) Que no puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) Que no puede fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión).

En consecuencia, procede la inadmisión del recurso de casación, que equivale a su desestimación, en atención a que, en realidad se fundamenta en cuestiones de naturaleza procesal (incongruencia y valoración de la prueba pericial) con la pretensión de modificar la fase fáctica de la sentencia.

Esta Sala ha decidido: 1.º) Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, interpuestos contra la sentencia dictada, con fecha de 25 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16.ª) en el rollo de apelación, dimanante de los autos de juicio ordinario del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona por Endesa, distribución Eléctrica SLU; 2.º) Imponer las costas a Endesa de los recursos interpuestos por ella; 3.º) Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia de 25 de noviembre de 2015, dictada por la AP de Barcelona (sección 16.ª) en el rollo de apelación dimanante de los autos de juicio ordinario del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona, por D. Remigio y Escardivol SAT; 4.º) Imponer las costas a D. Remigio y Escardivol de los recursos interpuestos por esta parte; 5.º) Confirmar la sentencia recurrida cuya firmeza se declara. **(STS de 5 de abril de 2019; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Debo reconocer que se trata aquí de una de las sentencias del Tribunal Supremo más extensas desde que las envía el Consejo General del Poder Judicial. Ello ha sido originado, parcialmente, por la complejidad de los hechos causantes, consistentes en varios incendios, producidos sucesivamente en varias líneas conductoras de energía eléctrica de la provincia de Barcelona. Se produjeron variedad de aquéllos; causantes de daños personales y materiales que dieron origen a diversos procesos interpuestos ante otros Juzgados de Barcelona. Finalmente en el Juzgado de 1.ª instancia núm. 11 se tramitó el primero, de naturaleza penal, y luego dio origen al proceso civil ordinario al que se acumularon los interpuestos en los Juzgados núms. 41, 10, 47, 30, 49, 31, 32, 11 y 55 de la misma ciudad. La intervención de la compañía de seguros originó una notable reducción de reclamantes que vieron aceptadas, en su totalidad o buena parte, sus reclamaciones. Por ello han llegado a la Sala Primera sólo un reducido número de demandas en comparación con las iniciales, incluyendo también las cuantías de las reclamaciones. No obstante, el planteamiento de la Sala se caracteriza por su enfoque general, así como la minuciosidad del tratamiento de los recursos efectivos, elogiando con frecuencia las sentencias de instancia (refiriéndose por ejemplo a «la sentencia recurrida en su encomiable esfuerzo de motivación, predicable también de la sentencia de primera instancia»). Cabe destacar las consideraciones doctrinales sobre el Auto de aclaración de la s. de apelación, así como las precisiones jurisprudenciales sobre las diferentes formas de causalidad de los daños extrajudiciales, y la reiteración jurisprudencial sobre la prueba de los daños, estableciendo en particular la causalidad de un incendio forestal (que

se explica científica, y –cabe decir– didácticamente), así como la novedad de la LEC 2000 de la denominada prueba pericial extrajudicial. (G. G. C.)

26. Responsabilidad médico sanitaria. Aplicación del baremo del tráfico.—El denominado baremo de tráfico o sistema legal de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, vigente cuando se originaron los hechos que dieron lugar a esta sentencia, es aplicable a otros sectores distintos de la circulación, como el de la responsabilidad médico sanitaria (SSTS de 18 de febrero de 2015, 6 de junio de 2014 y 14 de noviembre de 2012, entre otras), siempre «con carácter orientativo no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1106 y 1902 CC» (STS de 27 de mayo de 2015).

Indemnización de gastos futuros que traen causa de la generación del daño.—Se deben adicionar a la indemnización los gastos médicos, hospitalarios, rehabilitadores, ortopédicos, farmacéuticos y similares, que se generen en lo sucesivo, siempre que quede debidamente acreditada su existencia y su vinculación causal con las lesiones y secuelas derivadas del hecho que dio lugar al daño, dejando su reclamación para pleitos posteriores para los casos de falta de acuerdo entre las partes.

La sentencia penal no genera el efecto de cosa juzgada respecto de la responsabilidad civil, ni la inexistencia de delito implica la inexistencia de responsabilidad extracontractual. Excepciones.—La regla general es que la sentencia penal absolutoria no produce excepción de cosa juzgada en el ulterior proceso civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer (SSTS de 11 de enero de 2012, 14 de enero y 8 de marzo de 2014, entre otras muchas) o cuando se declare probado que una persona no fue autora del hecho objeto del proceso (SSTS 28 noviembre 1992, 12 de abril y 16 de octubre de 2000). Incluso, con respecto a la no acreditación de la autoría, la STS de 8 de marzo de 2017 matiza dicho carácter vinculante, cuando la sentencia penal, admitiendo la existencia del hecho y sin excluir categóricamente la posibilidad de que una persona haya podido ser la autora del mismo, declara que no existen en el proceso las pruebas concluyentes, categóricas e inequívocas de la referida autoría, que permitan pronunciar una condena penal contra ella, por lo que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, hoy constitucionalizado por el de presunción de inocencia (art. 24 CE), ha de inclinarse por la absolución del mismo, en cuyo supuesto queda abierta, sin efecto vinculante alguno, la posibilidad de que ante la jurisdicción civil pueda ejercitarse la acción civil correspondiente contra la misma persona y probarse que ella fue la autora de los hechos. (STS de 6 de febrero de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Al nacer un niño en una clínica privada, tres pediatras lo valoraron y una de ellas le dio el alta con una ictericia grado uno, que consideró fisiológica. Las pediatras estaban contratadas para prestar servicios profesionales por la clínica. Transcurridas 48 horas desde que llegaron a su domicilio, la madre del menor observó que el niño presentaba pérdida de fuerza, de apetito y somnolen-

cia, lo que dio lugar a que llevara al niño a un pediatra. Este doctor, acordó su inmediato traslado al Hospital, donde le detectaron un nivel muy alto de bilirrubina y una enfermedad transmitida por su padre. A consecuencia de tal dolencia, el menor sufrió una lesión cerebral, que le produjo unas gravísimas secuelas, que lo convirtieron en un gran inválido.

Se siguió proceso penal por tales hechos contra la ginecóloga, que atendió al parto, y las tres pediatras, el cual finalizó con sentencia absolutoria. Posteriormente, fue demandada la entidad médica y quedó acreditado que a las médicas les constaba el hecho de que el progenitor del menor había sufrido de niño anemias hemolíticas con esplenectomía, que debió ser investigada, achacando a la entidad demandada un defecto organizativo en la llevanza de los históricos clínicos, siendo declarada responsable por el juzgado y por la audiencia. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación de la actora y condenó a la demandada a abonar los gastos médicos, hospitalarios, rehabilitadores, ortopédicos, farmacéuticos y similares, que se generen en lo sucesivo, siempre debidamente acreditada su existencia y su vinculación causal con las lesiones y secuelas derivadas del hecho desencadenante del daño.

NOTA.—La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, derogó el anterior sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, al establecer un nuevo *baremo* que se propuso armonizar nuestra legislación con la de los restantes países de la unión europea y establecer unas indemnizaciones más justas. (I. D.-L.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

27. Sistema de contribución a los gastos distinta a la del título constitutivo, consentimiento tácito y actos propios en comunidades de propietarios.—Que una comunidad de propietarios haya venido estableciendo un sistema de contribución a los gastos distinta a la prevista en el título constitutivo no significa que esta situación *de hecho* haya entrañado la modificación del título constitutivo, si este no se modifica legalmente. El establecimiento, por una comunidad de propietarios, de cuotas lineales en algunos casos y al margen de lo preceptivamente establecido sobre distribución de gastos según la cuota de participación en elementos comunes, no impide su impugnación por parte de los comuneros afectados. Pero dicha práctica no implica una modificación de las reglas estatutarias. Por lo tanto, ante la inexistencia de un acuerdo unánime debe prevalecer lo previsto en el artículo 9.1 e) LPH, que se remite a «la cuota de participación fijada en el título constitutivo o a lo especialmente establecido». La doctrina de los actos propios de la comunidad de propietarios no resulta eficaz aquí, pues se infringen normas imperativas, sin que pueda exigirse a los comuneros disidentes aceptar las cuotas lineales, en tanto sean más gravosas que la correspondiente. En este sentido, la Sala Pri-