

## Jurisprudencia

### Reseña jurisprudencial e-Dictum 104

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora doctora de Derecho mercantil de la Universidad CEU San Pablo.

#### TRIBUNAL SUPREMO

#### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 190/2018] DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2020 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

*Concurso de acreedores: los créditos contra la masa activa. Las especialidades en caso de insuficiencia de la masa activa: la salvedad relativa a los «créditos imprescindibles para concluir la liquidación» se refiere a los gastos imprescindibles para que, una vez hecha la comunicación de insuficiencia de la masa activa, pueda concluirse la liquidación y pagar conforme a ese especial orden de prelación de créditos previsto en caso de insuficiencia de masa activa. Por tanto, los créditos imprescindibles para concluir la liquidación son créditos surgidos una vez comunicada la insuficiencia de la masa activa.*

«En el concurso de acreedores de Recambios y Accesorios Manadi SL, después de que se hubiera aprobado el plan de liquidación por auto de 24 de octubre de 2016, la administración concursal realizó la comunicación de insuficiencia de masa activa, el 2 de noviembre de 2016, para que a partir de entonces comenzara a operar el orden de prelación de pagos de créditos contra la masa previsto en el artículo 176 bis.2 de la Ley Concursal. En esa comunicación, la administración concursal solicitaba del juzgado que parte de los honorarios pendientes de pago por actuaciones anteriores imprescindibles para la liquidación fueran pagados como gastos prededucibles.

La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) impugnó esta pretensión, por entender que la referencia contenida en el párrafo segundo del artículo 176 bis.2 a "los créditos imprescindibles para concluir la liquidación", alcanza a los devengados con posterioridad a la comunicación. En consecuencia, solicitó que se declarara que los honorarios de la administración concursal pendientes de pago al tiempo de la comunicación de insuficiencia de la masa activa se incluyeran, a efectos de orden de pago,

dentro del ordinal 5.º del artículo 176 bis.2. Y sólo aquellos honorarios posteriores que fueran imprescindibles para concluir la liquidación podrían pagarse como créditos prededucibles.

El juzgado de lo mercantil estimó la impugnación de la AEAT y excluyó de los créditos prededucibles los honorarios de la administración concursal anteriores a la comunicación de insuficiencia de la masa activa, que incluyó dentro del ordinal 5.º del artículo 176 bis.2 de la Ley Concursal.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal. La Audiencia estima el recurso por entender que la salvedad contenida en el artículo 176 bis.2, que permite el pago como créditos prededucibles, alcanza a todos los créditos imprescindibles para concluir la liquidación, ya sea anteriores o posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa.

La sentencia de apelación es recurrida en casación por la AEAT, sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación.

Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del artículo 176 bis.2 de la Ley Concursal.

En el desarrollo del motivo, se advierte que la sentencia recurrida infringe este precepto porque extiende la consideración de créditos prededucibles a todos los necesarios para concluir la liquidación, tanto posteriores a la comunicación de la insuficiencia de la masa activa como los anteriores a la comunicación.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

Estimación del motivo. El motivo plantea la cuestión de si los "créditos imprescindibles para concluir la liquidación" a los que el artículo 176 bis.2 de la Ley Concursal atribuye la condición de prededucibles y permite que sean satisfechos con anterioridad al resto, se circunscriben a los que hubieran nacido después de la comunicación de la insuficiencia de la masa activa o se extienden también a los anteriores que estuvieran pendientes de pago.

El artículo 176 bis.2 de la Ley Concursal prescribe cómo ha de actuarse cuando la administración concursal advierta que la insuficiencia de la masa

activa impide pagar todos los créditos contra la masa: "Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

"Desde ese momento, la administración concursal deberá pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

"1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

"2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

"3.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

"4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

"5.º Los demás créditos contra la masa".

Es jurisprudencia constante que, una vez comunicada por la administración concursal la insuficiencia de la masa activa para pagar todos los créditos contra la masa, su pago debe ajustarse al orden de prelación del apartado 2 del artículo 176 bis, al margen de cuál sea su vencimiento (desde la sentencia 306/2015, de 9 de junio, confirmada por las posteriores sentencias 310/2015, de 11 de junio, 311/2015, de 11 de junio, y 187/2016, de 18 de marzo).

Según esta interpretación jurisprudencial, "las reglas de pago contenidas en el artículo 176 bis.2, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y afecta, en principio, a todos los créditos contra la masa pendientes de pago. Con ello rechazamos nuevamente la interpretación de que sólo se aplican a los créditos contra la masa posteriores a la comunicación. Se aplican a los ya vencidos y a los que pudieran vencer con posterioridad" (sentencia 187/2016, de 18 de marzo).

En consecuencia, todos los créditos contra la masa que estuvieran pendientes de pago al tiempo de la comunicación de insuficiencia de la masa activa, quedan sujetos a este orden de prelación de pago.

El artículo 176 bis.2 prevé, como única salvedad al pago de los créditos contra la masa de acuerdo con el especial orden de prelación previsto en dicho precepto, "los créditos imprescindibles para concluir la

liquidación". En la sentencia 390/2016, de 8 de junio, frente a la pretensión de la administración concursal de que el crédito correspondiente a sus honorarios pudiera tener esa consideración de gastos prededucibles, y por lo tanto pudieran satisfacerse con carácter previo al pago de los créditos por el orden del artículo 176 bis.2, razonamos lo siguiente: "el art. 176 bis 2 establece un matiz, pues no da tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal generadores del derecho a honorarios, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter de imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa. Por ello, a falta de identificación legal expresa, resulta exigible que sea la propia administración concursal quien identifique con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago, y cuál es su importe, para que el juez del concurso, con audiencia del resto de acreedores contra la masa (art. 188.2 LC), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prededucible".

En esta sentencia 390/2016, de 8 de junio, expresamente advertíamos que esta salvedad, la de los créditos imprescindibles para concluir la liquidación, afectaba a los créditos surgidos una vez comunicada la insuficiencia de la masa activa.

No cabe confundir, como hace la sentencia recurrida, el ámbito de aplicación del orden de prelación del artículo 176 bis.2, que afecta a todos los créditos contra la masa, tanto los anteriores como los posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa, con el alcance de la salvedad de "los créditos necesarios para concluir la liquidación". Esta salvedad, como hemos explicado en otras ocasiones, responde a la lógica del tratamiento de los gastos imprescindibles para poder hacer realidad la liquidación y pago de los créditos contra la masa, que en cuanto estrictamente necesarios se satisfacen con la consideración de prededucibles.

La ratio del precepto (art. 176 bis.2 LC) es que todos los créditos contra la masa pendientes de pago al tiempo de la comunicación de la insuficiencia de la masa activa se sujeten al orden de prelación de pagos que prescribe. La salvedad de los créditos imprescindibles para concluir la liquidación no forma parte del orden de prelación de créditos, no es una categoría en la que encajar créditos contra la masa anteriores. Es una regla propia de la liquidación, que atiende a los gastos necesarios o imprescindibles para que se pueda verificar la realización del activo y el pago a los acreedores por el referido orden de prelación. En la medida en que son imprescindibles

para que, a partir del momento en que opere ese orden de prelación (la comunicación de insuficiencia de la masa activa), se pueda cumplir con ese pago ordenado, en esa medida son gastos que deben ser inmediatamente atendidos y por ello son créditos prededucibles.

El hecho de que hayamos admitido que, durante la fase de liquidación y antes de la comunicación de la insuficiencia de la masa activa, la administración concursal pueda haber realizado actuaciones "estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago", que justificaran su remuneración como gastos prededucibles aunque hubiera otros créditos contra la masa de vencimiento anterior y pendientes de pago (sentencia 225/2017, de 6 de abril), no significa que el crédito surgido por esas actuaciones anteriores a la comunicación de insuficiencia de la masa activa, si para entonces están pendientes de pago puedan encajar en la salvedad del párrafo segundo del artículo 176 bis.2 de la Ley Concursal. Como ya hemos expuesto, esta salvedad se refiere a los gastos imprescindibles para que, una vez hecha la comunicación de insuficiencia de la masa activa, pueda concluirse la liquidación y pagar conforme a ese especial orden de prelación de créditos.

La estimación del motivo conlleva, por las mismas razones, la desestimación del recurso de apelación y la confirmación del fallo de la sentencia de primera instancia».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 5266/2019] DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2020 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

*Derecho al honor de las personas jurídicas: las críticas a la calidad de las prestaciones empresariales no constituyen una intromisión en el derecho al honor. Aunque la jurisprudencia admite la posibilidad de considerar incluido en la protección del honor el prestigio profesional, tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas, no cabe identificar sin más el honor en su vertiente de prestigio profesional con la reputación empresarial, comercial, o, en general, el mero prestigio con que se desarrolla la actividad.*

«Adslzone S.L., a través de la web [www.adslzone.net](http://www.adslzone.net) <<http://www.adslzone.net>> y de su cuenta de Twitter, publicó varias informaciones en las que afirmaba la existencia de problemas técnicos en la retransmisión de eventos deportivos en la plataforma de televisión

TotalChannel, de la que es titular una sociedad del grupo societario en el que está integrada Mediaproducción S.L.U. También publicó diversas informaciones sobre la negociación de dicha sociedad con el grupo Telefónica-Movistar para la venta de los derechos relativos a las competiciones de UEFA (Champions League y Europa League) para su emisión en Movistar+. Mediaproducción S.L.U. consideró que dichas informaciones, publicadas en septiembre y octubre de 2015, constituían una campaña de denigración, por lo que interpuso una demanda contra Adslzone S.L. en la que solicitó que se declarara que los artículos y tuits publicados por Adslzone S.L. mencionados en su demanda constituían una intromisión ilegítima en el derecho al honor de Mediaproducción S.L.U., y se le condenara a la publicación de las partes relevantes de la sentencia en la misma web y en la cuenta de Twitter de Adslzone S.L. en que se han divulgado los artículos y tuits ofensivos y a pagarle, como indemnización de daños y perjuicios, que incluye el daño moral, 40.000 euros, o la cantidad que subsidiariamente el juzgado tuviera a bien considerar.

2.- El Juzgado de Primera Instancia consideró que algunos de los artículos y tuits objeto de la demanda constituían una intromisión en el derecho al honor de Mediaproducción S.L.U. y condenó a la demandada a indemnizar a la demandante en 15.000 euros y a difundir a su costa los fundamentos y el fallo de la sentencia en su web y su cuenta de Twitter.

En primer lugar, la sentencia consideró que dos tuits publicados por la demandada en su cuenta de Twitter el 30 de septiembre de 2015 constituían una intromisión en el honor de Mediaproducción S.L.U., no amparada por el ejercicio de la libertad de expresión o de información. Bajo las rúbricas de "Cientos de quejas por los problemas de reclamaciones" y "TotalChannel y los problemas: cortes, ralentizaciones y parones para ver el Real Madrid", se publicaba una imagen con el logo de TotalChannel y bajo el mismo, sobre fondo en negro, en letras mayúsculas, la palabra "ERROR". La sentencia del Juzgado de Primera Instancia declaraba sobre estos tuits:

"Sobre dicha ilustración vino a declarar el legal representante de la actora, que la imagen no se correspondía con la pantalla que había en TotalChannel, pero que se publicó porque las noticias requieren imagen. La parte demandante denuncia la manipulación de la imagen y su falsedad al dar a entender que es el pantallazo que puede aparecer en caso de existir algún problema con la conexión durante el visionado de los partidos en la plataforma. No cabe duda de que la ilustración no cumple el

requisito de veracidad, ni de relevancia pública, y que a la demandada no le resultaba necesario transmitir esa imagen a los demás usuarios de su web y twitter, pues con ello sobrepasaba su intención crítica y de información verdadera, añadiendo cierto desprestigio y menosprecio de la veracidad hacia la plataforma TotalChannel, encontrándose dicha imagen fuera del contexto de interés público de la web de dar información y solución de supuestos problemas de acceso a internet, es decir, se observa con dicha publicación, más bien, cierta intención de crear confusión, descrédito y desinformación real, sobrepasando así la intención crítica de los twiits, circunstancia que no puede justificar la prevalencia de esta libertad de expresión y de manipulación de imágenes de terceros sobre el derecho al honor, a ello cabe añadir cierto mal gusto en la selección de la palabra y formato de las letras superpuestas al logotipo, pues hubiera sido más señorial por parte de la demandada aplicar en su caso a la imagen un "disculpen las molestias". En consecuencia, cabe entender dichos referidos twiits ilustrados como cierta intromisión ilegítima al derecho de honor de la persona jurídica demandante, al dar una imagen errónea, distorsionada y falsa de la misma, si bien debe tenerse en consideración que a petición de la entidad demandante la ilustración simulada fue retirada parece ser al siguiente día, aun reconociendo el legal representante de la demandada en su interrogatorio que no existe comunicación con Mediapro y sí con Movistar".

La segunda publicación que el juzgado consideró constitutiva de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de Mediaproducción S.L.U. fue un artículo publicado el 21 de octubre de 2015 en la web [www.adslzone.net](http://www.adslzone.net) <<http://www.adslzone.net>>. Bajo el titular "BeIN Sport: Total Channel no va y YouTube funciona de maravilla", el artículo tenía este contenido:

"Otra jornada de Champions y otro desastre de BeIN Sport a través de TotalChannel donde los usuarios no han podido ver los partidos en muchos casos. Hay abonados que no reportan problemas, pero la gran mayoría sí los están teniendo. Tan es así, que desde la plataforma han mandado un mail a todos sus clientes para pedirles disculpas.

Seguro que estas disculpas os suenan y lo mismo no os hacen la más mínima gracia si estáis padeciendo los problemas. Así que sabed que, como siempre, dan alternativas a través de BeIN Sport Connect. Mirad el correo justo aquí debajo".

Las razones por las que el juzgado consideró que este artículo constituía una intromisión ilegítima en el

derecho al honor de Mediaproducción S.L.U. son las siguientes:

"[...] se hace constar, con más o menos acierto del articulista, y con pocos twiits de usuarios, la manifestación de que hay abonados que no reportan problemas, pero la gran mayoría sí los está teniendo. Tal manifestación denota cierta desproporción crítica y menosprecio de la veracidad por parte del articulista al efectuar un cálculo general de afectados, sin base contable ni documental alguna y sin el debido contraste por otros medios, pues después de haber transcurrido más de un mes desde las incidencias significativas del 15-9-2015, y más de veinte días desde el ataque masivo, no se comprende que el articulista, cuyo apellido no consta, asevere, sin constar haber efectuado la diligencia exigible de contrastar sus manifestaciones, la existencia de otro desastre de BeIN Sports a través de Total Channel mediante manifestaciones como que "los usuarios no han podido ver los partidos en muchos casos, hay abonados que no reportan problemas pero la gran mayoría sí los está teniendo". Tal manifestación, además de ser generalista y especialmente gratuita, no reúne el requisito que supone el deber especial del informador de comprobar la autenticidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones y datos objetivos, no pudiéndose considerar cuatro posibles twiits disconformes y difamatorios, como la gran mayoría de abonados con problemas. En consecuencia, dicho artículo sobrepasa la intención crítica con el supuesto menosprecio de la veracidad, por lo que no tienen amparo en la libertad de expresión e información, pues se actúa con desprestigio y desmerecimiento hacia la entidad demandante y sus fines sin más, comunicando simples rumores desproporcionados y no contrastados. En estos casos, debe exigirse al informador y al medio de comunicación, que extreme la diligencia en la contrastación o verificación, identificando la fuente sin que cumpla dicha diligencia la remisión a fuentes indeterminadas (STC de 31 de enero 2000), por lo que procede considerar el artículo como una intromisión ilegítima en el honor de la parte demandante".

El último artículo que el juzgado consideró constitutivo de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante fue el publicado en la web [www.adslzone.net](http://www.adslzone.net) <<http://www.adslzone.net>> también el 21 de octubre de 2015. Bajo el titular "Telefónica se planta y no cederá ante Mediapro para comprar la Champions", el artículo tenía este contenido:

"Nada mejor que una nueva jornada de la Champions para quitarle las esperanzas a millones de clientes de

Movistar+ que, cada día que pasa, ven más alejada la posibilidad de que BeIN Sport acabe en la parrilla de la televisión de pago. Y por lo visto en las últimas horas, ese posible acuerdo está más lejos que nunca:

- No pierde abonados.

Es indudable que Telefónica lanzó un órdago cuando decidió no incorporar BeIN Sport a su oferta de canales el pasado 15 de septiembre al precio que le pedían desde Mediapro, que eran aproximadamente 180 millones de euros. Y esa apuesta les ha salido bien porque no están perdiendo apenas clientes con la excusa de que no pueden ver los partidos de competiciones europeas de fútbol.

Con este dato sobre la mesa y tal y como informa El Confidencial Digital, "en la operadora no tienen prisa por cerrar esta compra, porque no disponer de los derechos de la Champions no les está suponiendo ningún desgaste comercial más allá de las críticas de los aficionados, es decir, no están perdiendo abonados por este motivo".

- Precios distintos por la Champions.

Es más, esa posición de fuerza que en Mediapro no se esperaban, ha provocado que los de Jaume Roures hayan tenido que bajar el precio para intentar vender los derechos. Y es que de esos 180 millones de partida la cosa podría estar ya cerca de los 130, lo que significa que Vodafone TV y Orange están pagando más cara la competición que la oferta que tiene ahora mismo sobre la mesa Telefónica.

Es más, desde la operadora creen que esa última oferta de 3 euros al mes por abonado que les llegó desde la productora es "inasumible, puesto que le haría aumentar los precios de los paquetes de Movistar+ y partir en desventaja competitiva con otras plataformas de pago que ya tienen BeIN Sports, como son Vodafone TV y Orange TV".

Lo peor de todo es que, aunque Telefónica es libre de no querer pagar por un producto que cree inflado en el precio, son millones los usuarios que siguen pensando e intentando ver los partidos de una manera digna, a pesar de que están pagando religiosamente sus 10 euros al mes en soluciones como la de TotalChannel que ayer, con un único partido de equipos españoles, volvió a padecer enormes problemas.

"¿Qué creéis que ocurrirá hoy?"

Las razones expuestas por el juzgado para considerar que este artículo vulneraba ilegítimamente el honor de la demandante fueron las siguientes:

"[...] expresión que nuevamente no tiene amparo en la libertad de expresión e información, pues en este caso se ha vuelto a actuar con menosprecio de la veracidad contrastada, con desprestigio de la demandada y

sobrepasando la intención crítica con manifestaciones de que "son millones los usuarios que siguen pensando e intentando ver los partidos de una manera digna". Siendo además relevante que dentro de un periodo menor a dos meses la entidad demandada haya efectuado 8 artículos dedicados exclusivamente a Total Channel y 7 a las negociaciones del Grupo MEDIAPRO y Movistar, ocupando así dicho tema un interés reiterativo y constante en la actividad diaria de la web de adslzone.net, siendo ello constitutivo de una posible campaña de desprestigio".

3.- La demandada apeló la sentencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y absolvió libremente a la recurrente. Resumidamente, declaró que la información suministrada en esos artículos y tuits era de interés general, veraz pues habían existido diversos problemas técnicos en las retransmisiones de Total Channel y quejas de clientes, y no incurría en términos vejatorios, denigratorios ni injuriosos, por lo que no existía una lesión al derecho al honor de la demandante, que era una persona jurídica, cuyo derecho al honor goza de una protección de menor intensidad que el de las personas físicas.

4.- La demandada ha interpuesto un recurso de casación contra dicha sentencia, basado en un solo motivo.

SEGUNDO. - Formulación del recurso

1.- El único motivo del recurso formulado por Mediaproproducción S.L.U. se encabeza con este epígrafe:

"Infracción del art. 18.1 de la Constitución, y de los arts. 1.1, 2.1, 7.7 y 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y aplicación indebida del art. 20.1.a) y d) de la Constitución, así como de la jurisprudencia que los ha interpretado".

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente centra sus argumentos en el análisis de los artículos y tuits que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia consideró constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor, y considera que la Audiencia Provincial ha vulnerado los preceptos legales y constitucionales citados en el encabezamiento del motivo en tres cuestiones: el concepto de veracidad, el contexto informativo de las publicaciones y la menor intensidad en la protección del derecho al honor de las personas jurídicas.

TERCERO. - Decisión del tribunal: las críticas a la calidad de las prestaciones empresariales no constituyen una intromisión en el derecho al honor.

1.- Mediaproducción S.L.U. ha interpuesto una demanda de protección del derecho fundamental al honor protegido en el art. 18.1 de la Constitución. Por tanto, son ajenos a este litigio consideraciones de otro tipo, como pudieran ser las relativas a la existencia de perturbaciones en el mercado de servicios de retransmisión de eventos deportivos por una supuesta campaña de informaciones "sesgadas y tendenciosas", por usar los términos del recurso, que pudieran tener su encuadre en la competencia desleal.

2.- El derecho fundamental al honor del art. 18.1 de la Constitución protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de quien las sufre.

3.- Tanto el Tribunal Constitucional como esta sala han reconocido que las personas jurídicas privadas (como es el caso de una sociedad mercantil) son también titulares del derecho al honor. Por tanto, como ha declarado esta sala con reiteración, no se puede descartar que la persona jurídica vea lesionado su derecho al honor mediante la divulgación de hechos que la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena, sin que sea preciso acreditar la existencia del daño patrimonial en sus intereses, siendo suficiente la intromisión ilegítima en el honor de la entidad. Ahora bien, la proyección exclusivamente externa del derecho al honor de las personas jurídicas, ha determinado paralelamente la afirmación de una menor intensidad en su protección.

4.- Asimismo, la jurisprudencia constitucional y la ordinaria admiten la procedencia de considerar incluido en la protección del honor el prestigio profesional, tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas. Pero no cabe identificar sin más el honor en su vertiente de prestigio profesional con la reputación empresarial, comercial, o, en general, el mero prestigio con que se desarrolla la actividad.

5.- Para que un ataque al prestigio profesional o empresarial integre además una transgresión del derecho fundamental al honor, no basta la mera crítica de la actividad profesional, sino que es precisa la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o ética en el desempeño de aquella actividad, lo que deberá apreciarse en función de las circunstancias del caso (STC 9/2007

sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 429/2020, de 15 de julio, entre otras).

6.- La sentencia de esta sala 534/2016, de 14 de septiembre, con cita de la STC 180/1999, de 11 de octubre, ha declarado:

"La protección del artículo 18.1 de la Constitución solo limita aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido".

7.- La consecuencia de lo expuesto es que las informaciones críticas sobre la calidad de la conexión ofrecida por Mediaproducción S.L.U. a sus clientes para ver los eventos deportivos en Total Channel y sobre la existencia de quejas por parte de tales clientes carecen de cualquier matiz injurioso o infamante, y no cuestionan la probidad o ética de la demandante en su actividad empresarial, sino solamente la calidad de sus prestaciones empresariales y, por tanto, no constituyen una vulneración de su derecho al honor.

8.- Sentado que el derecho fundamental al honor de la demandante, protegido en el art. 18.1 de la Constitución, no ha resultado afectado, es innecesario realizar consideraciones sobre la eficacia legitimadora del ejercicio por la demandada de sus derechos fundamentales a la libertad de expresión o de información».

## **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 5119/2017] DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2020 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]**

*Contrato de transporte multimodal internacional con una fase terrestre internacional por carretera y otra marítima internacional en régimen de conocimiento de embarque: plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad por daños en el transporte multimodal internacional cuando no se ha determinado en qué fase se produjo el hecho causante del daño. La jurisprudencia ha considerado aplicable al transporte multimodal, a falta de una previsión legal o contractual que establezca otro criterio, el llamado sistema "de red", en el que la responsabilidad por los daños se rige por las normas aplicables a la fase en*

*que se produjo el hecho del que resulta el deber de indemnizar. En el caso de que no fuera posible establecer cuándo se ha producido el hecho que provocó los daños en las mercancías transportadas, ante la ausencia de una regulación legal o convencional del régimen de la responsabilidad por los daños y, en concreto, del plazo de ejercicio de la acción, debe aplicarse el régimen menos gravoso para el cargador. De ahí que se aplique el plazo de prescripción de un año, susceptible de interrupción, del Convenio CMR.*

«Frugalia O.P.F.H. S.L. (en lo sucesivo, Frugalia), radicada en Zurbarán (Badajoz), vendió a Silvestrin Frutas LTDA (en lo sucesivo, Silvestrin), radicada en Farroupilha (Brasil), un cargamento de ciruelas frescas. Para transportar la fruta de Zurbarán a Farroupilha, Frugalia contrató los servicios de Tránsitos de Extremadura (en lo sucesivo, Transitex). La mercancía debía ser transportada en un contenedor refrigerado, a cero grados y con una humedad relativa del 90%. Transitex contrató en su propio nombre a la compañía Lafoes para realizar el transporte por carretera entre Zurbarán y el puerto de Lisboa (Portugal), y a la naviera Hamburg Sud para realizar el transporte marítimo desde Lisboa al puerto de Navegantes (Brasil), en régimen de conocimiento de embarque.

2.- Cuando el cargamento de frutas fue entregado en destino a Silvestrin el 4 de octubre de 2013, se encontraba en mal estado porque la temperatura en el contenedor se había elevado hasta un nivel muy superior al hecho constar por Frugalia en la documentación del transporte. Los daños fueron valorados en 13.394,33 euros.

3.- Transitex tenía concertado un seguro de transporte con Mapfre Seguros de Empresas S.A. (en lo sucesivo, Mapfre), que indemnizó a su asegurado en 12.494,33 euros.

4.- Consta en los hechos fijados en la instancia que la protesta de avería fue formulada el 8 de octubre de 2013 y que se hicieron varias reclamaciones por el perjudicado o su aseguradora frente a Transitex (concretamente, las sentencias de instancia mencionan sendas reclamaciones el 30 de junio de 2014 y el 24 de junio de 2015) con anterioridad a que el 3 de julio de 2015 la aseguradora, subrogándose en la posición del asegurado al que había pagado la indemnización, interpusiera la demanda contra Transitex S.L.

5.- Transitex S.L. contestó a la demanda y, entre otras alegaciones, formuló la excepción de caducidad con base en el art. 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 sobre unificación de reglas para los conocimientos de

embarque en los buques mercantes y el art. 3.6.4.º del Convenio de Bruselas de 1924 (Reglas de La Haya-Visby), pues entre la entrega de la mercancía el 4 de octubre de 2013 y la interposición de la demanda el 3 de julio de 2015 había transcurrido más de un año, siendo el plazo de ejercicio de la acción de un año previsto en tales preceptos un plazo de caducidad, no susceptible de suspensión ni de interrupción por las reclamaciones hechas por el perjudicado o su aseguradora.

6.- El Juzgado Mercantil de Badajoz estimó la demanda y, entre otros argumentos, declaró que "dicho plazo [de interposición de la demanda] se interrumpió el 30 de junio de 2014, documento nº 10 de la demanda, comunicación de reclamación extrajudicial, y el 24 de junio de 2015".

7.- La demandada apeló la sentencia de primera instancia, entre otras razones, por no haberse apreciado la caducidad de la acción. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Declaró esta sentencia:

"Nos encontramos ante lo que se denomina un transporte multimodal. Su esencia es que el transitario que ha contratado con el cargador subcontrata acto seguido con los porteadores reales el transporte físico, que tiene lugar, por lo general, en diversos medios (terrestre, marítimo o aéreo). La jurisprudencia confiere acción al cargador directamente contra el transitario en los supuestos en los que el contrato se haya incumplido de una u otra manera. [...] Como acertadamente se dice en la sentencia impugnada el plazo de un año a contar desde la contestación de la producción del daño [sic] quedó interrumpido por las comunicaciones de 30-6-2014 (reclamación extraprocesal) y 24-6-2015".

8.- La demandada ha interpuesto un recurso de casación basado en tres motivos. El escrito del recurso está firmado por letrado, por lo que no puede estimarse el óbice que opuso la recurrida a la admisión del recurso con base en una pretendida falta de firma de letrado.

SEGUNDO. - Formulación del recurso.

1.- En el encabezamiento del primer motivo se invoca la infracción del art. 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia vulnera dicho precepto y la jurisprudencia que lo desarrolla, que ha considerado que el plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad por pérdidas o daños establecido en dicha norma es un plazo de caducidad.

3.- En el epígrafe con que se encabeza el segundo motivo se invoca la infracción del art. 1973 del Código Civil.

4.- Al desarrollar el motivo, la recurrente argumenta que el plazo de ejercicio de la acción previsto en el art. 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 (en adelante Ley de 22 de diciembre de 1949) no es susceptible de interrupción por ser un plazo de caducidad.

5.- En el encabezamiento del tercer motivo se alega la infracción del art. 159 del Real Decreto 1211/1990.

6.- En el desarrollo del motivo se alega que el transitario ocupa la posición del transportista frente al cargador, por lo que también frente a aquel rige el plazo de caducidad establecido en el art. 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949.

7.- La recurrida, en su escrito de oposición al recurso, alega que la recurrente, para formular su recurso, parte de que los daños tuvieron lugar en la fase marítima del transporte, cuando tal circunstancia no ha sido afirmada por las sentencias de instancia.

8.- La estrecha relación entre las cuestiones planteadas en los diversos motivos aconseja resolverlos conjuntamente.

TERCERO. - Decisión del tribunal: plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad por daños en el transporte multimodal internacional cuando no se ha determinado en qué fase se produjo el hecho causante del daño.

1.- En el presente recurso ya no se plantean algunas de las cuestiones que fueron objeto de discusión en las instancias (trascendencia de que la protesta se realizara el día 8 de octubre cuando la mercancía fue entregada el día 4, identidad del transitario con el que contrató Frugalia, cuantía de los daños). La cuestión litigiosa objeto del recurso se circunscribe a si se ha infringido el art. 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949, al rechazar tanto el juzgado como la audiencia la excepción de caducidad opuesta por la demandada con base en dicho precepto legal. Las dos infracciones que se denuncian en los motivos segundo y tercero del recurso presuponen la aplicabilidad del art. 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 y están estrechamente relacionadas con la infracción de este precepto, pues la denunciada en el segundo motivo se refiere a la imposibilidad de que el plazo de caducidad establecido en tal precepto pueda ser interrumpido, y la denunciada en el tercer motivo, a la aplicación del régimen del art. 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 también a la responsabilidad del transitario y no solamente a la del porteador efectivo.

2.- Frugalia, en calidad de cargador, contrató con Transitex, como transitaria (así se le considera en las sentencias de instancia y no es objeto de discusión), la

realización de un transporte de un cargamento de fruta fresca en un contenedor refrigerado desde las instalaciones de Frugalia hasta su entrega al destinatario de la mercancía. Transitex contrató en su propio nombre con una empresa el transporte terrestre internacional por carretera entre España y Portugal, y con otra empresa, el transporte marítimo internacional en régimen de conocimiento de embarque entre Portugal y Brasil. En consecuencia, Transitex no solo se encargó de realizar las gestiones administrativas, fiscales, aduaneras y logísticas complementarias, sino también de contratar en nombre propio el transporte internacional terrestre por carretera y el transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, por lo que, tal como declaramos en la sentencia 348/2011, de 26 de mayo, al contratar el transporte, la transitaria pasa a ocupar frente al cargador la posición de porteadora a efectos de sus obligaciones y responsabilidades.

3.- Se trata, por tanto, de un transporte multimodal internacional con una fase terrestre internacional por carretera y otra marítima internacional en régimen de conocimiento de embarque. No es lo que se ha venido en llamar un transporte "superpuesto" puesto que no fue el camión o el remolque el que se cargó en el barco, sino que el contenedor con la mercancía fue cargado en primer lugar en el camión que hizo el transporte terrestre internacional, y posteriormente en el barco que hizo el transporte marítimo internacional.

4.- No existía ninguna norma, sea un tratado internacional, un reglamento o directiva de la Unión Europea o una ley nacional, que en la fecha en que sucedieron los hechos enjuiciados regulara específicamente el plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad del operador de transporte multimodal, en un supuesto como el que es objeto del recurso, en el que las fases del transporte fueron una fase terrestre internacional y una fase marítima internacional. El Convenio de Naciones Unidas sobre el transporte multimodal internacional de mercancías hecho en Ginebra el 24 de mayo de 1980 no ha reunido el número de ratificaciones exigido para que entre en vigor.

5.- La Ley de 22 de diciembre de 1949, que incorporó el Convenio de Bruselas de 1924, convenio que fue modificado por los Protocolos de Bruselas de 1968 y de Londres de 1979, ratificados por España (Reglas de La Haya-Visby), vigente cuando sucedieron los hechos enjuiciados, no contenía una regulación del transporte multimodal con fase marítima internacional en régimen de conocimiento de embarque. Cuando sucedieron los hechos enjuiciados no estaba en vigor

la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

6.- Tampoco el Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera (Contrat Marchandise Route, CMR) realizado en Ginebra el 19 de mayo de 1956 (Instrumento de ratificación de España de 12 de septiembre de 1973, BOE 109, de 7 de mayo de 1974) y modificado por el Protocolo de Ginebra de 5 de julio de 1978 (Instrumento de ratificación de España de 23 de septiembre de 1982, BOE 303, de 18 de diciembre de 1982), aplicable a la fase de transporte terrestre internacional de mercancías, regula un transporte multimodal como el que es objeto del litigio. La previsión contenida en su art. 2 se refiere al supuesto en que "el vehículo que contiene la mercancía sea transportado por mar, ferrocarril, vía navegable interior o aire en una parte de su recorrido" (lo que se ha venido en llamar "transporte superpuesto"), pero no regula los transportes en un contenedor que es cargado en distintos vehículos en cada una de las distintas fases del transporte (terrestre y marítimo, en este caso).

7.- Cuando sucedieron los hechos enjuiciados estaba en vigor la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, cuyos arts. 67 y siguientes regulan el transporte multimodal cuando uno de los modos de transporte haya sido el terrestre. En concreto, el art. 68.3 regula la responsabilidad del porteador "[c]uando no pueda determinarse la fase del trayecto en que sobrevinieron los daños", supuesto para el cual prevé que "la responsabilidad del porteador se decidirá con arreglo a lo establecido en la presente ley". Pero el art. 2.2 de dicha ley establece que "[e]l contrato de transporte terrestre de mercancías se regirá por los Tratados internacionales vigentes en España de acuerdo con su ámbito respectivo, las normas de la Unión Europea y las disposiciones de esta ley. En lo no previsto serán de aplicación las normas relativas a la contratación mercantil". El art. 1.1 del citado Convenio CMR establece que "[e]l presente Convenio se aplicará a todo contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, siempre que el lugar de la toma de carga de la mercancía y el lugar previsto para la entrega, indicados en el contrato, estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales al menos sea un país contratante, independientemente del domicilio y nacionalidad de las partes del contrato". El transporte terrestre que constituye una de las fases del transporte en el caso objeto del recurso reúne los requisitos previstos en este precepto para que le sea aplicable la regulación del Convenio CMR, por lo que

no es aplicable la Ley 15/2009 y, en concreto, su regulación del transporte multimodal.

8.- La sentencia 348/2011, de 26 de mayo, a la que se ha hecho referencia, declaró:

"[...] los transitarios, cuando contratan en nombre propio, ocupan frente al cargador la posición de transportista.

" Y si el transporte se ejecuta con el empleo de distintos modos, como también ha sucedido en el caso, su responsabilidad se regirá - ante la ausencia de un régimen uniforme imperativo - por las normas que regulen la del porteador al que se equiparan y, en concreto, al que lo sea en la fase en que se produjo el hecho del que resulta el deber de indemnizar -sistema "de red" o "network liability system"-".

En el mismo sentido, en cuanto al sistema de red, se había pronunciado la sentencia 685/2008, de 16 de julio, con relación al plazo de ejercicio de la acción.

9.- En consecuencia, el régimen de la responsabilidad de Transitex, en tanto que transitaria y porteador contractual, es el mismo que el aplicable al porteador efectivo causante del daño. Y la jurisprudencia ha considerado aplicable al transporte multimodal, a falta de una previsión legal o contractual que establezca otro criterio, el llamado sistema "de red", en el que la responsabilidad por los daños se rige por las normas aplicables a la fase en que se produjo el hecho del que resulta el deber de indemnizar. Se trata del sistema por el que, con unos u otros matices, han optado un buen número de convenios internacionales sobre transporte, como resulta de lo dispuesto en el artículo 31 del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, artículo 38 del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 28 de mayo de 1999, artículo 48 COTIF/CIM, y el propio artículo 2 del Convenio CMR, así como nuestra propia legislación interna, como ocurre con el art. 69.1 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, y el art. 209 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

10.- En el supuesto objeto del recurso, es aplicable a la fase de transporte marítimo internacional el régimen de las Reglas de La Haya-Visby al que ya se ha hecho referencia. Y a la fase del transporte internacional de mercancías por carretera, es aplicable el Convenio CMR, al que también se ha hecho referencia. Una y otra norma contienen regímenes distintos de responsabilidad del porteador y, en concreto, del plazo de ejercicio de la acción por el perjudicado.

11.- Uno de los principales problemas del llamado sistema "de red" en la exigencia de responsabilidad en el transporte multimodal surge cuando se ignora en

qué fase se ha producido el hecho que da lugar a la indemnización. Así ocurre en el supuesto objeto de este recurso, en el que las circunstancias fácticas sentadas en la instancia no fijan cuándo se ha producido el hecho que provocó los daños en las mercancías transportadas.

12.- La recurrente no justifica por qué ha de aplicarse el régimen de responsabilidad (y en concreto, el que rige el plazo de ejercicio de la acción de indemnización por daños en la mercancía) de la fase marítima, más exactamente, el establecido en el art. 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 y 3.6 del Convenio de Bruselas de 1924. Como se ha dicho, no consta en la base fáctica sentada en la instancia que el hecho determinante del daño se produjera en la fase marítima del transporte, y no se ha formulado un recurso extraordinario por infracción procesal en el que se haya combatido el tratamiento dado a este extremo fáctico en la sentencia recurrida. Tampoco consta la existencia de pacto alguno entre las partes por el que sometieran el contrato de transporte multimodal a una determinada regulación, de modo que fuera aplicable el régimen del plazo de ejercicio de la acción establecido en el precepto invocado en el motivo del recurso.

13.- Ante la falta de una regulación legal o convencional del régimen de la responsabilidad por los daños en el transporte multimodal de mercancías con una fase internacional por carretera y otra fase marítima internacional en régimen de conocimiento de embarque y, en concreto, del plazo de ejercicio de la acción, este tribunal considera que debe aplicarse el régimen menos gravoso para el cargador.

14.- Varias son las razones que aconsejan seguir este criterio. Una de ellas es el criterio restrictivo con que debe ser interpretada la prescripción (y, por extensión, la caducidad de la acción) pues, en línea con lo declarado en la sentencia 326/2020, de 22 de junio, con cita de otras anteriores, se trata de instituciones que, con diversos matices, no están basadas en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho. Otra razón es que el porteador, incluyendo el porteador contractual, por su obligación de trasladar la mercancía de un lugar a otro y ponerla a disposición de la persona designada en el contrato, asumiendo la custodia de la mercancía transportada, se encuentra en mejor disposición que el cargador para determinar en qué fase del transporte tuvo lugar el hecho determinante del daño cuya indemnización se solicita, por lo cual no puede perjudicar al cargador la falta de determinación de la fase en que se produjo tal hecho.

15.- En aplicación del citado criterio, consideramos que es aplicable el régimen que para el ejercicio de la acción de indemnización de los daños causados en el transporte establece el Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera (Contrat Marchandise Route, CMR) realizado en Ginebra el 19 de mayo de 1956 (Instrumento de ratificación de España de 12 de septiembre de 1973, BOE 109, de 7 de mayo de 1974) y modificado por el Protocolo de Ginebra de 5 de julio de 1978 (Instrumento de ratificación de España de 23 de septiembre de 1982, BOE 303, de 18 de diciembre de 1982). Este, en su art. 32, establece un plazo de prescripción de un año, susceptible de interrupción de acuerdo con lo previsto en el apartado 2.º de dicho precepto, por más que se trate de un régimen de interrupción de la prescripción peculiar, pues, como han puesto de manifiesto las sentencias de esta sala 327/2008, de 13 de mayo, y 704/2016, de 25 de noviembre "se trata propiamente de suspensión, como se deduce del apartado 3 del mismo artículo, y de la propia regulación, pues la suspensión se distingue de la interrupción, aparte de las diferencias relativas a que el transcurso del plazo no se reinicia sino que se reanuda, es decir, se toma en cuenta el tiempo transcurrido con anterioridad".

16.- Esta regulación del plazo de ejercicio de la acción es más favorable para el cargador que la establecida en el art. 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949, pues el plazo establecido en este último precepto es un plazo de caducidad, no susceptible de interrupción ni suspensión (sentencias de esta sala 990/2008, de 7 de noviembre, 348/2011, de 26 de mayo, y 437/2016, de 29 de junio, entre las más recientes).

17.- La consecuencia de lo anterior es que la sentencia de la Audiencia Provincial no ha vulnerado el art. 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes, porque dicho precepto legal no era aplicable. Tampoco se han vulnerado las otras dos normas cuya infracción se alega en los otros motivos del recurso por cuanto que, tal como se han planteado los motivos, tales infracciones suponían la aplicabilidad del art. 22 de la referida Ley de 22 de diciembre de 1949 y estaban estrechamente relacionadas con el régimen establecido en dicha norma.

18.- Siendo el recurso de casación un recurso extraordinario en el que el tribunal debe limitarse a examinar si se ha producido la infracción legal denunciada, procede desestimar el recurso de casación formulado, sin entrar en otras consideraciones ajenas al objeto del recurso».

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 421/2018] DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2020 [Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán]**

*Contrato de transporte aéreo: pérdida de la mercancía en el almacén de depósito temporal del aeropuerto de destino cuando el cargador no ha hecho declaración especial del valor de la entrega y no ha pagado la suma suplementaria. El transportista es responsable del daño de la carga (destrucción, pérdida o avería) que tenga lugar "durante todo el transporte", entendiendo esta expresión como el período durante el cual la carga se encuentra bajo su custodia, lo que sucede desde que el transportista toma las mercancías bajo su poder o control hasta que las entrega al destinatario. Por tanto, la responsabilidad del transportista se extiende desde antes incluso de cargarlas y después de su descarga, puesto que ni expedidores ni destinatarios tienen acceso a las áreas en las que se llevan a cabo estas operaciones. De este modo, el deber de custodia de la mercancía en el almacén de depósito temporal se integra en la prestación del contrato de transporte.*

«En un supuesto de pérdida de la mercancía en el almacén de depósito temporal del aeropuerto de destino, se plantea si es aplicable el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (en lo sucesivo, Convenio de Montreal), que establece una limitación de la cuantía de la indemnización cuando el transporte fue contratado sin declaración especial del valor de la carga y sin el pago de una suma suplementaria. La demanda se ha dirigido exclusivamente contra la empresa de almacén contratada por el transportista aéreo.

1.- De los hechos probados o no discutidos deben destacarse los siguientes:

En mayo de 2013, LG Electronics España compró varias partidas de productos electrónicos a su matriz coreana LG Electronics Inc.

LG Electronics España contrató con la empresa transitaria Pantos Logistics el transporte de las mercancías desde Corea a su domicilio en Guadalajara (España). Pantos Logistics, a su vez, contrató con Air France el transporte de la mercancía, bajo el régimen general, sin declaración de valor.

La mercancía llegó vía aérea al aeropuerto de París y fue transportada por medio de camión hasta los almacenes de Swissport Handling en el aeropuerto de Madrid-Barajas. Dicho transporte en carretera se

realizó bajo el amparo del mismo conocimiento de embarque.

Cuando el 27 de mayo de 2013 Pantos Logistics acudió al almacén de Swissport Handling para recoger las mercancías no pudo hacerlo, porque habían sido retiradas del citado almacén por unos desconocidos mediante una nota de entrega falsificada.

Las mercancías tienen un valor de 1.078.919,08 euros y un peso de 4.200 kilogramos.

LG Electronics Inc tenía concertado un contrato de seguro que cubría la pérdida o daño de la mercancía con Lig Insurance Company Limited, empresa aseguradora con domicilio en Seul, Corea. Lig Insurance Company Limited abonó a LG Electronics España la cantidad de 1.078.919,08 euros más un 10% de beneficio comercial, de acuerdo con lo pactado en la póliza.

2.- Lig Insurance Company Limited interpone demanda contra Swissport Handling. Solicita, al amparo del art. 43 de la Ley 50/1980, del contrato de seguro, la condena al pago de 1.078.919,08 euros. La demanda invoca los arts. 303 a 310 del Código de comercio y 1089, 1094, 1101, 1766 y 1902 CC. Alega que concurren los requisitos de la responsabilidad aquiliana del art. 1902 CC al haber omitido la demandada las mínimas exigencias de diligencia para proceder al correcto control y custodia de las mercancías.

3.- En su contestación a la demanda, Swissport Handling no niega su responsabilidad, pero considera que la pérdida se produjo dentro del período de custodia de la mercancía por parte del transportista aéreo durante la ejecución de un contrato de transporte aéreo de carga, de modo que, por aplicación del Convenio de Montreal, la indemnización debe limitarse a la suma prevista en el Convenio por kilogramo de la carga, al no haber sido entregada por el expedidor con una declaración especial de su valor. Alega que, de acuerdo con la carta de porte (conocimiento de embarque o "air waybills"), Pantos contrató el transporte de Corea a Madrid vía aérea y la pérdida de la mercancía tuvo lugar antes de la entrega como consecuencia de la estafa de unos terceros, oportunamente denunciada. Argumenta que, de acuerdo con el art. 29 del Convenio de Montreal, toda acción de indemnización de daños derivada de un contrato de transporte aéreo, tanto si se funda en el Convenio, en un contrato o en un acto ilícito, está sujeta a los límites de responsabilidad previstos en el Convenio, sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. También que Swissport Handling, como agente de "handling" está sujeta a los

límites de responsabilidad del transportista aéreo (art 30 del Convenio) previstos en el art. 22 del Convenio.

4.- El juzgado estima íntegramente la demanda.

Basa su decisión en que la actuación de la demandada se había ceñido a ser mera depositaria de los bienes por lo que, al no haber intervenido en el transporte aéreo, no puede pedir la aplicación del Convenio de Montreal. Considera que esa conclusión no varía por el hecho de que la asegurada de la actora no recibiera directamente las mercancías y optara por contratar a la demandada como depositaria temporal de los bienes. Concluye que, por su actuar poco diligente, la demandada debe abonar los daños y perjuicios causados conforme a los arts. 1902 y 1101 CC.

5.- La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada, estima parcialmente la demanda y condena a la demandada a pagar a la actora únicamente la suma en euros correspondiente a 79.838 derechos especiales de giro (DEG), con intereses.

De manera resumida, por lo que aquí interesa, la Audiencia basa su decisión en las siguientes consideraciones: "no existe un contrato, ni de depósito ni de ningún tipo, entre la compradora asegurada (en cuya acción se subroga la demandante) y Swissport Handling; no hay contrato de depósito y el deber de custodia se integra en la prestación contractual debida por el transportista; el Derecho de daños no es un complemento del Derecho de contratos; el asunto debe mirarse desde la perspectiva de tres partes implicadas y es oportuna la limitación de responsabilidad del almacenista, máxime cuando desconoce el valor de lo custodiado, para no alterar el equilibrio de la negociación entre transportistas y cargadores, que deben estar a la protección de los instrumentos internacionales, que limitan la indemnización, de modo que los cargadores pueden asegurar la parte no cubierta; en el caso, la demandada asume su responsabilidad y se aviene a una condena, pero limitada por el Convenio de Montreal (art. 216 LEC); conforme al art. 29 del Convenio de Montreal: "En el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga, toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente Convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente Convenio, sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. En ninguna de dichas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria"; en

consecuencia, la acción aquiliana contra el agente del transportista también debe sujetarse a los límites de responsabilidad del Convenio si este fuera aplicable al transportista; conforme al art. 30 del Convenio de Montreal: "Si se inicia una acción contra un dependiente del transportista, por daños a que se refiere el presente Convenio, dicho dependiente o agente, si prueban que actuaban en el ejercicio de sus funciones podrán ampararse en las condiciones y los límites de responsabilidad que puede invocar el transportista en virtud del presente Convenio"; el concepto de agente debe entenderse como todo auxiliar, aunque no sea dependiente del transportista; así resulta en otros tratados, en nuestras leyes especiales y, en el Derecho de la Unión Europea, al asistente en tierra se le califica como "agente" [art. 2 g) de la Directiva 96/67/CE, del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad]; en otras jurisdicciones se han aplicado al agente de asistente en tierra que actúa bajo el IATA "Standard Ground Handling Agreement" los límites de responsabilidad del Convenio de Montreal; la razón de ello es que el Convenio no atiende a la concreta relación jurídica que existe entre el transportista y quienes prestan servicios en lugar del transportista y dejar de aplicar los límites al subcontratista contravendría los fines de uniformidad en las normas de responsabilidad de la aviación al forzar a interpretar la ley local de daños aplicable a cada subcontratista; el art. 18 del Convenio de Montreal establece un sistema de responsabilidad objetiva por custodia y presume que la mercancía está bajo la custodia del transportista también durante los transportes terrestres efectuados durante la ejecución del transporte para fines de carga, entrega o transbordo; en el caso el daño a la mercancía se produjo en el almacén de Swissair en el aeropuerto de Madrid-Barajas, por lo que la presunción del art. 18 es inútil; la aplicabilidad del Convenio de Montreal depende de si el daño se produjo durante el transporte aéreo, esto es, si el daño bajo la custodia del operador de "handling" puede considerarse daño bajo la custodia del transportista aéreo; la respuesta es positiva porque la custodia se puede ejercer de propia mano o a través de un mediador posesorio que a su vez preste la custodia frente al transportista; en el caso, la carga se encuentra dentro de la esfera de influencia de la compañía aérea; así se entiende por otros tribunales extranjeros que aplican el Convenio de Montreal y también en otros textos jurídicos sobre transporte; a diferencia de lo que sucede para los transportes con otro objeto, para el transporte de

carga, la responsabilidad se limita incluso en los supuestos de dolo o culpa del transportista o sus agentes (art. 22.5 del Convenio de Montreal); son aplicables los límites del Convenio de Montreal y no el Convenio de transporte internacional de mercancías por las siguientes razones: la demandada actúa en el ejercicio de sus funciones como auxiliar del transporte aéreo (art. 30); las partes celebraron un contrato de transporte aéreo, porque no se convino trasladar mercancía por más de un modo de transporte, sin perjuicio de que en la carta de porte aéreo se concediera la facultad de sustitución ("cláusulas de sustituibilidad", lo que implica un "ius variandi" que opera en el momento del cumplimiento pero no afecta a la calificación ni al régimen jurídico del contrato; en el caso el lugar del daño está identificado, los almacenes de Swissport en el aeropuerto de Madrid, por lo que aunque se interpretara que el almacenaje es una actividad auxiliar tanto del transporte terrestre como del aéreo, para el perjudicado es más beneficioso aplicar los límites del Convenio de Montreal (arg. arts. 69.2 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del transporte terrestre de mercancías, y 19 del Convenio sobre el transporte multimodal internacional de mercancías).

6.- La demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Solicita la casación de la sentencia recurrida y la confirmación de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO. - Recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- Motivo y razones. El recurso se funda en un único motivo en el que, al amparo del art. 469.1-2.º LEC, denuncia infracción del art. 144 LEC.

En su desarrollo alega que la sentencia infringe la regla contenida en el art. 144 LEC ya que considera probado (párrafo 45 de la sentencia) que la demandada actúa en el ejercicio de sus funciones como auxiliar de transporte aéreo con apoyo en el doc. 4 de la contestación, que fue aportado en lengua inglesa sin su preceptiva traducción, por lo que, según argumenta la recurrente, procede privarle de eficacia probatoria. El recurso va a ser desestimado por las razones que se exponen a continuación.

2.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso. El recurso adolece de un defecto de técnica que sería suficiente para su desestimación, pues se interpone al amparo del art. 469.1.2.º LEC cuando, de existir, la supuesta infracción del art. 144 LEC (que, ubicado sistemáticamente en la ley dentro de la regulación de las actuaciones judiciales, exige que se acompañe traducción de los documentos redactados en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial

propia de la Comunidad Autónoma de que se trate), no constituiría una infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

Durante la vigencia de la anterior Ley de enjuiciamiento civil de 1881, la sentencia 239/2008, de 24 de marzo, desestimó el recurso por infracción de normas que rigen los actos y garantías procesales en el que se denunciaba infracción del art. 601 de la ley procesal derogada (equivalente al actual art. 144 LEC) porque en el caso no se había producido indefensión. En sentido parecido, durante la vigencia de la actual ley procesal, señala la sentencia 96/2014, de 26 de febrero, que "para que pueda estimarse el motivo [que denunciaba infracción de los arts. 144 y 329 LEC] es exigible que la parte recurrente acredite la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, lo que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que fue incorrectamente practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (sentencias de este tribunal 790/2013, de 27 de diciembre, y 767/2013, de 18 de diciembre)".

En el caso, la recurrente denuncia infracción del art. 144 LEC, pero no explica en qué consistiría la supuesta indefensión que se le habría ocasionado, y que esta sala no aprecia a la vista del conjunto de circunstancias concurrentes.

La demandante-recurrente es una empresa de seguros coreana que no manifestó objeción en la audiencia previa a la aportación del documento 4 de la contestación, pudiéndolo hacer al amparo del art. 427.1 LEC. Ella misma ha aportado documentos traducidos del inglés, pero también ha adjuntado al documento 4 de la demanda, que acompaña en inglés y en español, facturas y albaranes sin traducir, y en los que basa su reclamación. Igualmente ha adjuntado otros documentos en inglés como el "air cargo manifest" y el "air waybill" (carta de conocimiento de embarque aéreo maestra/carta de conocimiento de embarque aéreo del transitario), que la Audiencia toma en consideración por lo que se refiere al contenido y condiciones del contrato de transporte.

No se ve la razón por la que puede haber causado indefensión a la recurrente que la Audiencia considere a la demandada como una empresa que desarrolla la actividad de "hadling" (asistencia en tierra). Con independencia de que tal condición resulta del mero encabezamiento del documento 4 de la contestación, sin necesidad de profundizar en su lectura, y que aparece también en otros documentos aportados en español por la demandada (informe pericial

preliminar), lo cierto es que la sentencia recurrida, que ciertamente cita en su párrafo 45 el SGHA ("Standard Ground Handling Agreement", modelo estandarizado de IATA, "International Air Transport Association") y la limitación de responsabilidad conforme al Convenio de Montreal a la que se alude en el mismo, no basa su decisión exclusivamente en ese dato.

Por el contrario, la Audiencia llega a la conclusión de la procedencia de la aplicación del Convenio de Montreal y, en particular de la limitación a la cuantía de la indemnización, porque tiene en cuenta el momento en que se produce la pérdida de la mercancía y el momento en el que termina la custodia del transportista. Parte para ello de los hechos que resultan acreditados a la vista del conjunto documental aportado por ambas partes, incluidos los documentos adjuntados al informe pericial aportado como documento 4 por la demandante ahora recurrente, lo que lleva a la Audiencia a concluir que el contrato celebrado por el transitario con Air France fue de transporte y que no existió ningún contrato de depósito con la demandada.

No hay infracción procesal y cuestión diferente es la corrección o incorrección de la interpretación y aplicación de las normas efectuadas por la Audiencia a la hora de determinar la responsabilidad exigible a la demandada, lo que es objeto de análisis al resolver el recurso de casación.

Por las razones expuestas, el motivo, y con él el recurso por infracción procesal, se desestima.

TERCERO. - Recurso de casación.

El recurso de casación se estructura en tres motivos. Se interpone por la vía del art. 477.2-2.º LEC, por ser la cuantía superior a 600.000 euros.

Los tres motivos están interrelacionados y, aunque desde diferentes perspectivas, se dirigen a impugnar la aplicación que la sentencia recurrida ha hecho de la limitación a la indemnización que se establece en el Convenio de Montreal para los casos de pérdida de la carga cuando el cargador no ha hecho declaración especial del valor de la entrega y no ha pagado la suma suplementaria.

1.- Planteamiento del primer motivo. El primer motivo denuncia infracción por indebida aplicación del art. 18 del Convenio de Montreal.

En su desarrollo razona que no es aplicable el Convenio de Montreal porque para ello, de acuerdo con su art. 18, es preciso que el siniestro se haya producido durante un transporte aéreo (art. 18.1), bajo custodia del transportista (art. 18.3) y, en el caso, el "robo" (sic) se produjo en los almacenes de la demandada, en una fase de depósito ajena y posterior a un transporte terrestre ulterior al aéreo. Aduce que

la transportista, Air France, cedió la custodia de la mercancía al entregarla al transportista terrestre en París para su transporte en camión hasta España. Finalmente, añade que la propia sentencia recurrida descarta la aplicación de la presunción del art. 18.4 porque en el caso se conoce el momento en el que se produjo la pérdida. Considera, en definitiva, que, puesto que la demandada no es transportista, sino almacenista, está sujeta a la responsabilidad de los arts. 303 a 310 del Código de comercio y 1089, 1094, 1101, 1766 y 1902 CC.

Por lo que se dice a continuación, el motivo va a ser desestimado.

2.- Desestimación del primer motivo. La recurrente denuncia infracción por aplicación indebida del art. 18 del Convenio de Montreal. La demandante, ahora recurrente, no ha dirigido su reclamación contra la transportista, Air France, que es a quien se refiere de manera directa el art. 18 del Convenio de Montreal. La sentencia recurrida no considera a la demandada (Swissport Handling) como transportista, pero interpreta que resulta aplicable el art. 30 del Convenio de Montreal, que permite a los agentes del transportista que actúan en el ejercicio de sus funciones ampararse en las condiciones y límites de responsabilidad aplicables al transportista aéreo. Tiene en cuenta para ello que la pérdida de la carga se ha producido durante la ejecución de un transporte aéreo (art. 18 del Convenio de Montreal) y que la demandada era la empresa que custodiaba la mercancía en el aeropuerto de destino antes de la entrega, en atención al contrato que le vinculaba con la transportista. Puesto que en el motivo tercero del recurso de casación se denuncia infracción del art. 30 del Convenio de Montreal porque la recurrente considera que a la demandada no se le debe considerar como agente del transportista, nos remitimos a lo que sobre esta cuestión digamos al resolver ese motivo acerca del acierto de la aplicación del art. 30 a la demandada.

Al resolver este primer motivo, en atención a la cuestión específicamente planteada por la recurrente, daremos respuesta a la razón por la que debe considerarse que la pérdida de la carga debe entenderse producida "durante el transporte aéreo". Debemos advertir, en primer lugar, que se trata de un concepto fijado normativamente y no de un puro dato de hecho como pretende la recurrente cuando afirma que, puesto que la pérdida se produjo en el almacén de la demandada, "es un hecho incontrovertido" que el siniestro no se produjo durante un transporte aéreo.

Conforme al art. 18.1 del Convenio de Montreal, la responsabilidad del transportista por pérdida de la carga surge "por la sola razón de que el hecho que causó el daño se haya producido durante el transporte aéreo". El art. 18.3 aclara que el transporte aéreo "comprende el período durante el cual la carga se haya bajo la custodia del transportista". El art. 18.4 presume, salvo prueba en contrario, que el daño se ha producido durante el transporte aéreo si durante la ejecución del contrato de transporte se efectúa un transporte no aéreo fuera del aeropuerto con fines de carga, entrega o trasbordo.

De esta forma, el transportista es responsable del daño de la carga (destrucción, pérdida o avería) que tenga lugar "durante todo el transporte", entendiendo esta expresión delimitadora de la responsabilidad del transportista como el período durante el cual la carga se encuentra bajo su custodia, lo que sucede desde que el transportista toma las mercancías bajo su poder o control hasta que las entrega al destinatario. La delimitación de este espacio temporal de la responsabilidad del transportista es coherente con el deber de custodia de la mercancía que le incumbe desde que se hace cargo de las mercancías y hasta que las entrega al destinatario. Por tanto, desde antes incluso de cargarlas y después de su descarga, puesto que ni expedidores ni destinatarios tienen acceso a las áreas en las que se llevan a cabo estas operaciones.

En atención a lo anterior, los argumentos de la recurrente no pueden prosperar.

En primer lugar, hay que observar que, a la vista de los hechos del caso, la sentencia recurrida parte de que no existe ningún contrato de depósito entre la compradora y la demandada. El único contrato celebrado por la empresa transitaria fue con Air France y, al amparo de una única carta de porte aéreo, la carga debía trasladarse desde Corea hasta el Aeropuerto de Madrid.

Al resolver el segundo motivo del recurso de casación, en el que la recurrente denuncia infracción del art. 38 del Convenio de Montreal, al entender que el contrato de transporte era combinado, nos ocuparemos de la influencia que en el régimen del contrato de transporte tiene que, en virtud de la "cláusula de sustituibilidad" prevista en la carta de porte, la transportista se reservara la facultad de trasladar las mercancías por otro medio de transporte y que, en el caso, el tramo Paris-Madrid se llevara a cabo en camión por carretera.

Basta ahora observar que, en el caso, el destino de la carga contratado con la transportista era el Aeropuerto de Barajas y que la mercancía debía entregarse en los almacenes de la demandada, donde

se produjo la pérdida. Ello comporta que la pérdida de la carga tuviera lugar durante la ejecución del transporte aéreo y bajo la custodia del transportista aéreo puesto que, por lo dicho, el transporte termina con la entrega de la carga y comprende el almacenaje una vez depositada en tierra. Conviene advertir que, sin perjuicio de lo que se dirá al resolver el motivo segundo del recurso de casación, no se ha cuestionado en el caso que el contrato de transporte celebrado está incluido en el ámbito de aplicación del Convenio de Montreal según su art. 1 (transporte internacional de carga, efectuado en aeronave, remunerado y en el que, conforme a lo estipulado, el punto de partida y punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, en el territorio de dos Estados Partes; en el caso, el Convenio entró en vigor para España el 28 de junio de 2004 y para la República de Corea el 29 de diciembre de 2007).

En sentido parecido, en un supuesto de pérdida de la mercancía en el almacén de depósito temporal del aeropuerto de destino, la sentencia 705/2016, de 28 de noviembre, afirmó que:

"(...) con relación a la aplicación del artículo 18 del Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, ratificado por España el 31 de enero de 1930 [por lo que importa ahora, equivalente al art. 18 del Convenio de Montreal], la responsabilidad del porteador por pérdida de la mercancía, supuesto del presente caso, se produce cuando dicho hecho, generador del daño, acontece "durante el transporte aéreo". Transporte que, a los referidos efectos, se considera existente durante el tiempo en que las mercancías están bajo la custodia del porteador o sus dependientes, "sea en un aeródromo, a bordo de una aeronave, o en un lugar cualquiera en caso de aterrizaje fuera de un aeródromo".

"En el presente caso, esto es lo que sucedió, pues la mercancía se extravió en el almacén de European Air Transport que actuaba como dependiente del transportista según el propio tenor del artículo 30 del Convenio de Varsovia, dado que fue contratada por Air Logistics, agente del transportista aéreo, para actuar con agente de handling en el aeropuerto de Barcelona y, por tanto, en el ejercicio de la actividad contemplada de transporte. Por lo que resulta de aplicación el Convenio de Varsovia".

El motivo, por ello, se desestima.

3.- Planteamiento del segundo motivo. El segundo motivo denuncia infracción del art. 38 del Convenio de Montreal.

En su desarrollo alega que, de acuerdo con este precepto, en caso de transporte combinado efectuado

en parte por aire y en parte por cualquier medio de transporte, las disposiciones del Convenio se aplican únicamente al transporte aéreo. Razona que, en el caso, el transporte aéreo finalizó en París y que la fase de transporte terrestre posterior fue autónoma e independiente, por lo que no procede la aplicación del Convenio al posterior almacenaje, donde se produjo el "robo" (sic) de la mercancía.

Por lo que se dice a continuación, el motivo va a ser desestimado.

4.- Desestimación del segundo motivo. El motivo se desestima porque en el caso no se celebró un contrato de transporte que combinara el transporte aéreo y el transporte terrestre, sino un transporte aéreo con "cláusula de sustituibilidad".

Para la aplicación del art. 38 del Convenio de Montreal no es suficiente que el transporte se desarrolle por varios modos, sino que debe ser un verdadero contrato de transporte multimodal, de modo que en el contrato se prevea la utilización de al menos dos modos de transporte, uno de ellos aéreo y con las condiciones del art. 1 del Convenio (transporte internacional en aeronave, remunerado o, en caso de que sea gratuito, efectuado en aeronave por una empresa de transporte aéreo). Para los supuestos en que se pacte que la carga se traslade por aire y por otro medio de transporte, el art. 38 ordena que se aplique el Convenio a la fase aérea.

En el caso, de los hechos probados en la instancia, resulta que el contrato de transporte contratado era un transporte aéreo (Corea/Aeropuerto de Barajas bajo el conocimiento de embarque aéreo), si bien, como es habitual en este sector, mediante la "cláusula de sustituibilidad" incluida en la carta de porte aéreo, la compañía aérea se reservaba la facultad de trasladar la mercancía por otros medios de transporte, salvo que el cargador diera instrucciones específicas en contrario.

De esta forma, la única prestación pactada es el transporte aéreo, con las consecuencias que ello comporta desde el punto de vista de las causas de exoneración de responsabilidad que pueden invocarse, o del régimen de extinción de la obligación en caso de imposibilidad sobrevenida, por ejemplo. Pero se reconoce al transportista la facultad solutoria de realizar el transporte de otro modo, sustituyendo el modo de cumplimiento, sin que a tales efectos sea necesario contar con el asentimiento ulterior del expedidor.

Así, el transporte efectuado por otro modo se considera dentro del período del transporte aéreo, y el transportista queda sometido al régimen de

cumplimiento y responsabilidad del Convenio de Montreal.

Como bien dice la Audiencia, las partes celebraron un contrato de transporte aéreo porque no se convino el traslado por más de un modo de transporte y el "ius variandi" reconocido al transportista en la carta de porte aéreo opera en el momento del cumplimiento ("res est in obligatione, altera in facultate solutionis", sentencia 398/1984, de 22 de junio, con cita de las sentencias de 23 de marzo de 1957, 28 de febrero de 1961 y 16 de diciembre de 1983) y no altera la calificación ni el régimen jurídico del contrato.

El motivo, por ello, se desestima.

5.- Planteamiento del tercer motivo. El tercer motivo denuncia infracción por aplicación indebida del art. 30 del Convenio de Montreal.

En su desarrollo, en síntesis, lo que plantea es que la demandada no está incluida en el ámbito del art. 30. Alega que, al entender lo contrario, la sentencia recurrida amplía el ámbito de aplicación del precepto a auxiliares independientes.

Para impugnar el razonamiento de la sentencia recurrida, aduce que la demandada no es dependiente ni agente de Air France, sino una contratante independiente que no debe beneficiarse de los límites del Convenio. Reitera, de acuerdo con lo manifestado en el recurso por infracción procesal, que no puede aceptarse la limitación de responsabilidad que resultaría del documento 4 del escrito de la contestación a la demanda, aportado en inglés sin traducción, del que según dice además la demandada tampoco sería parte y del que en todo caso resultaría que, si fuera aplicable el Convenio, no sería precisa la inclusión de una cláusula limitativa de la responsabilidad. Añade que el contrato de "handling" no es un contrato de agencia, sino un contrato atípico, que puede considerarse como de depósito a favor de tercero.

Por lo que se dice a continuación, el motivo va a ser desestimado.

6.- Desestimación del tercer motivo. Ya nos hemos referido al resolver el recurso por infracción procesal a la cita por la sentencia recurrida del límite de responsabilidad contenido en el anexo del "Standard Ground Handling Agreement" aportado en inglés por la demandada y a lo dicho allí nos remitimos. Señalaremos ahora que no ha sido discutido que la carga debía entregarse en los almacenes de la demandada en el aeropuerto de destino, Madrid-Barajas. También que, aunque se prescindiera de las funciones asumidas por la demandada frente a la transportista en virtud del contrato de "handling", la demandante-recurrente no ha acreditado otro título

diferente del transporte documentado por la carta de conocimiento de embarque, y la Audiencia parte de que no existe un contrato de depósito con la demanda. Partiendo de estos datos, el motivo no puede prosperar.

De una parte, la recurrente pretende que la demandada responda sin límite en la cuantía de los daños por aplicación de las normas propias del depósito porque entre sus prestaciones se incluye la del depósito de la carga. Este argumento no es convincente porque, como dice la sentencia recurrida, no existe contrato de depósito y el deber de custodia se integra en la prestación del contrato de transporte. En sentido parecido, la mencionada sentencia 705/2016, de 28 de noviembre, en un caso semejante al presente, en el que se exigía responsabilidad a la empresa de "handling" que extravió la mercancía depositada en sus almacenes del aeropuerto, declaró: "(...) con relación a la responsabilidad derivada, que, en estos supuestos de transporte aéreo de mercancías, una vez depositada la mercancía en tierra, no por ello el contrato de transporte suscrito se convierte automáticamente, salvo pacto en contrario, en un contrato de depósito mercantil, con la exigencia de la responsabilidad propia o típica del depositario. Por el contrario, dicho contrato de depósito debe diferenciarse de otros contratos, como el contrato de transporte aéreo de mercancías, que, aunque contengan un deber de custodia, no obstante, su naturaleza jurídica, con arreglo a las obligaciones principales del contrato, no resulta asimilable al contrato de depósito; de forma que presentan un régimen especial con relación al deber general de custodia y a la responsabilidad derivada".

Pero, al mismo tiempo que califica al contrato de depósito, incongruentemente, la recurrente pretende evitar la aplicación de los límites de responsabilidad previstos en el Convenio de Montreal para el caso de incumplimiento de los deberes de custodia propios del transporte, y exigibles hasta el momento en que se produce la entrega, mediante el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual contra la empresa que, contratada por la transportista, perdió la mercancía que tenía en sus almacenes. Ello tampoco es posible porque la empresa que realiza las funciones de descarga, almacenaje y entrega de la carga, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 30 del Convenio de Montreal, puede "ampararse en las condiciones y en los límites de responsabilidad que puede invocar el transportista en virtud del presente Convenio".

Literalmente, el art. 30 del Convenio de Montreal permite ampararse en los mismos límites que el

transportista a sus "dependientes" y "agentes" cuando actúan en el ejercicio de sus funciones. Contra lo que alega la recurrente, la referencia a "agentes" no se vincula a un contrato de agencia, sino al desarrollo de funciones accesorias pero esenciales para la completa ejecución del transporte. Puesto que el contrato de transporte comprende tanto la fase previa al estricto traslado como la fase posterior, hasta la entrega (arg. art. 18 del Convenio), no cabe duda de que las actividades instrumentales de descarga y almacenamiento se vinculan de manera esencial al transporte, con independencia de que las preste el transportista por sí mismo, a través de sus empleados o a través de un tercero, lo que sucede precisamente en el transporte aéreo mediante los contratos de asistencia en tierra o "handling" por los que las compañías aéreas contratan los servicios instrumentales que precisan en los aeropuertos para la ejecución del transporte.

Esta interpretación amplia, funcional, del término "agente" es confirmada por la Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad, que se refiere precisamente al "agente" de asistencia en tierra para referirse a todas las personas que prestan a terceros una o varias categorías de servicios de asistencia en tierra [art. 2.g), y en el resto del articulado; parecidamente, para el Derecho español, el RD 1161/1999, de 2 de julio, por el que se regula la prestación de servicios aeroportuarios de asistencia en tierra, que incorpora la Directiva, y que entre los servicios de asistencia en tierra que desarrollan los "agentes" incluye la manipulación, almacenamiento, mantenimiento y administración de las unidades de carga así como la asistencia de la carga, que comprende su manipulación física].

Por todas las razones expuestas el tercer motivo del recurso de casación se desestima y confirmamos el fallo de la sentencia recurrida».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 353/2018] DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2020 [Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán]**

*Negocio de apoderamiento: poder suficiente y abuso de poder. En un poder general en el que se especifican actos de riguroso dominio, como es hipotecar, no es preciso que se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas: es suficiente que las facultades conferidas se refieran genéricamente a los bienes del poderdante.*

«En un caso en el que, haciendo uso de un poder, el hijo hipoteca una finca de sus padres para garantizar la financiación que él necesita para sus negocios, se plantea como cuestión jurídica la suficiencia del poder que confiere la facultad de hipotecar sin especificar la finca concreta que puede hipotecarse, así como la existencia de abuso de poder.

De los hechos probados son antecedentes necesarios para la resolución del recurso los siguientes.

La demandante, ahora recurrente en casación, interpuso demanda por la que de manera principal solicitó la declaración de nulidad de la hipoteca constituida sobre su vivienda.

La demanda se basaba en que la hipoteca fue constituida por el hijo de la demandante haciendo uso de un poder insuficiente, puesto que no especificaba los bienes sobre los que se le autorizaba para establecer gravámenes. Alegaba también que el poder no autorizaba la autocontratación ni, en concreto, la hipoteca de bienes pertenecientes a la demandante y su esposo (también propietario de la vivienda e igualmente otorgante, junto a la esposa demandante, del poder conferido al hijo) con el fin de garantizar un crédito personal del apoderado. Argumentaba que otorgaron el poder para que el hijo gestionase sus bienes en interés de ellos, no para que dispusiera de los bienes y los gravara en beneficio propio, lo que había sucedido porque, si bien el crédito hipotecario se concedió a la demandante, su marido y su hijo, solo este último dispuso del dinero.

La demanda se dirigió exclusivamente contra la entidad financiera que concedió el crédito garantizado por la hipoteca cuya nulidad se solicita.

La demandada se opuso a la demanda.

Defendió la suficiencia del poder, ya que confería expresamente la facultad de concertar créditos y constituir hipotecas sobre toda clase de inmuebles. Alegó que, si bien el poder autorizaba expresamente la autocontratación, en el caso no existía autocontratación ni contradicción de intereses, porque el crédito concedido (210.000 euros) garantizado por la hipoteca cuya nulidad se solicitaba se empleó en su mayor parte para cancelar un crédito anteriormente concedido por otra entidad (por un importe de 161.575 euros) y que estaba garantizado con la misma finca, de modo que la principal disposición del dinero se hizo para cancelar una deuda que gravaba la vivienda de la demandante y, por tanto, en su beneficio. Razonó finalmente que, por ello, la demandada no pudo tener ningún indicio de que, al actuar en nombre propio y en representación de sus padres, el hijo de la demandante pudiera estar actuando en contra del mandato de sus padres.

El juzgado desestimó la demanda. En síntesis, tras declarar que no quedaba acreditada la existencia del mandato entre los padres y el hijo, sino solo la mera representación, rechazó la nulidad de la hipoteca porque su constitución se había realizado al amparo de un poder no revocado que incluía expresamente la facultad de formalizar pólizas de crédito y constituir hipotecas aun cuando existiera contradicción de intereses o autocontratación.

La demandante interpuso recurso de apelación en el que, resumidamente, reiteró que la hipoteca era nula porque el poder no especificaba expresamente la finca respecto de la que se hubiera autorizado hipotecar, porque se hizo una autocontratación no autorizada y porque el Banco sabía que el préstamo garantizado era para uso exclusivo del hijo.

El recurso de apelación fue desestimado por la Audiencia.

En el fundamento quinto de la sentencia de la Audiencia se contienen las siguientes consideraciones:

"La hipoteca se constituye en garantía de un crédito solidario en cuenta corriente hasta el límite de 210.000 € del que pueden disponer tanto los demandantes como su hijo, y plazo de vencimiento de tres años. Se hace constar en la escritura la cancelación de una hipoteca a favor del Banco Guipuzcoano. El doc. nº 3 acredita que esta hipoteca garantiza un crédito del hijo de los dueños de la finca hipotecada. Tampoco parece cierto que sirviese para pagar la obra que los actores hiciesen en la finca hipotecada pues la declaración de obra nueva es muy anterior a la hipoteca cuya nulidad se pide, pues se dice en la escritura que la obra se finalizó en el año 1997.

"En el doc. nº 2 librado por el Banco demandado, se constata cómo el crédito que se entiende solo con el hijo se otorga dada la solvencia del mismo como gerente de la inmobiliaria Exclusivas Futuras de la que tiene un 20%. Se detallan sus ingresos por gerencia, beneficios e ingresos extraordinarios por compraventa de inmuebles, unos 60.000 € en el año 2005. También se detalla su situación patrimonial (participación en terrenos, reservas de viviendas). Se dice expresamente que ha tenido que volver a hipotecar la finca de sus padres para cancelar el crédito del Banco Guipuzcoano de 210.000 € (sic) y también que en enero tuvo que dar 210.000 € y que la valoración del terreno (se supone comprado) será una suma importante si entra en el plan parcial. Los padres son pensionistas.

"El documento, la naturaleza del préstamo 210.000 € a tres años y la profesión de D. Dionisio, dedicado al mercado inmobiliario, permiten deducir sin esfuerzo que el préstamo se pide, no para afianzar la

adquisición de una propiedad, sino por necesidades de tesorería básicamente del hijo de los actores, aunque ellos aparezcan como prestatarios juntamente con aquel.

"A la vista de los criterios interpretativos que señala la STS de 20/5/2016, tampoco parece que se violen por el hijo ni la confianza ni la lealtad. Se ha de tener en cuenta que (a) esta hipoteca precede inmediatamente otra con Banco Guipuzcoano.

"No cuestionan los recurrentes que la hipoteca con Banco Guipuzcoano se llevase a cabo con su consentimiento, pues bien, la misma se constituye en 26/1/2006 por importe de 150.000€. Se cancela en 24/3/2006 y ese mismo día se constituye la nueva hipoteca, de la que se pretende la nulidad, la finalidad de refinanciar la anterior hipoteca es evidente, lo que permite ubicarla en el mismo marco dentro del consentimiento de sus padres expresado en el poder.

"De toda la documentación cabe deducir que efectivamente tanto la primera como la segunda se constituyen en favor del hijo de los hipotecantes, pero nada indica que sus padres no estuviesen de acuerdo, antes al contrario, la presunción sería la contraria. En esta tesis de aplicar de forma automática la doctrina derivada de las SSTS de 26/11/2010 y 6/11/2013, la nulidad, no solicitada, habría de predicarse de la primera hipoteca, pues la segunda no es más que una continuidad de aquella y en gran parte consecuencia de la misma. No se considera que el apoderado haya infringido los deberes de fidelidad y lealtad para con los poderdantes, su actuación se enmarca en la autorización de sus padres, dentro de la mayor normalidad de ayudarle en su negocio garantizando con sus bienes propios la financiación que el mismo necesita.

"Por lo demás, no consta siquiera que existieran otros bienes de los padres susceptibles de ser hipotecados y que exigieran precisar el bien sobre el que se concedía la autorización.

"La conclusión es que el recurso ha de ser desestimado en este punto, al considerar que el poder otorgado incluía la autorización para la hipoteca cuya nulidad se pide. En cuanto a la facultad de autocontratación se contiene expresamente en el poder anudada a todas las facultades que otorga al apoderado en el "otorgan".

Recurre en casación la demandante.

SEGUNDO. - Recurso de casación. Formulación del recurso.

El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Se

compone de un único motivo en el que se denuncia infracción del art. 1713 CC.

En su desarrollo alega que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina de las sentencias 687/2013, de 6 de noviembre, y 540/2010, de 26 de noviembre, que exigen precisión del bien sobre el que pueden ejercerse las facultades del poder. Añade que, si bien la sentencia 333/2016, de 20 de mayo, en la que se apoya la sentencia recurrida, matiza el criterio de las anteriores, al admitir que puede deducirse el mandato expreso de la voluntad del mandante, exige que se haga un análisis complementario de la voluntad del poderdante y de que el mandatario haya actuado de buena fe y en interés y beneficio del poderdante, lo que, según entiende la recurrente, la sentencia recurrida no ha llevado a cabo. Insiste en que el poder general se otorgó para que el hijo simplificara trámites administrativos y de gestión ordinarios y añade que la entidad demandada era conocedora de que el crédito garantizado se concedía en exclusiva al hijo.

El recurso va a ser desestimado por las razones que se exponen a continuación.

Decisión de la sala. Desestimación del recurso.

Doctrina de la sala. Suficiencia del poder y ejercicio abusivo del poder.

Debemos partir de la doctrina de la sala sentada en la sentencia del pleno 642/2019, de 27 de noviembre, conforme a la cual, en un poder general en el que se especifican actos de riguroso dominio, como es hipotecar, no es preciso que se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas.

En la mencionada sentencia, sobre la suficiencia del poder y la interpretación del art. 1713 CC, dijimos:

"Los dos primeros párrafos del art. 1713 CC disponen:

"El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso".

"La aplicación de esta previsión legal al apoderamiento supone que, si se concede genéricamente un poder de representación y no se especifican suficientemente las facultades conferidas, el apoderado solo podrá realizar "actos de administración", pues es preciso que conste inequívocamente la atribución de facultades para "transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio". Pero si en el poder se especifica la facultad de realizar actos de "riguroso dominio" no es necesario que se especifiquen los bienes. En particular, si se documenta el poder de representación y se hace constar, entre otras, la facultad de ejecutar actos de enajenación no es

preciso que, además, se especifiquen los bienes concretos a los que tal facultad se refiere. No hay ningún precepto que imponga tal exigencia que, por lo demás, no sería adecuada a la función que puede desempeñar la representación. Es suficiente que las facultades conferidas se refieran genéricamente a los bienes del poderdante.

"Es oportuno recordar a estos efectos que el sentido en el que el art. 1712 CC se refiere al "mandato general o especial" (en el que "el primero comprende todos los negocios del mandante" y "el segundo uno o más negocios determinados"), no es equivalente a la distinción entre "general" y "expreso" que utiliza el art. 1713 CC. En el art. 1712 CC se está aludiendo al ámbito de los asuntos o intereses del principal, mientras que en el art. 1713 CC se alude a la naturaleza de los actos, de administración o "de riguroso dominio".

"En consecuencia, no procede mantener el criterio de la sentencia 687/2013, de 6 de noviembre, según la cual, "el mandato representativo cuyo poder viene a referirse a un acto o actos de disposición, sólo alcanza a un acto concreto cuando éste ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada". Por el contrario, la interpretación más adecuada del art. 1713 CC es que en un poder general en el que se especifican actos de riguroso dominio no es preciso que se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas".

En la citada sentencia del pleno 642/2019 también dijimos que la validez y suficiencia de un poder no impide que los tribunales puedan apreciar la falta de eficacia o de validez del negocio celebrado en representación cuando, en atención a las circunstancias (la relación subyacente existente entre las partes y sus vicisitudes, la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación a las circunstancias concurrentes, el conocimiento que de todo ello tuvo o debió tener el tercero, etc.), pueda apreciarse que se ha hecho un uso abusivo del poder.

Aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial.

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso determina la desestimación del recurso de casación.

En primer lugar, de acuerdo con los hechos acreditados en la instancia, debemos partir de la validez y la suficiencia del poder otorgado por la demandante y su esposo. Entre las facultades conferidas al hijo se encontraba la de hipotecar sin que, por lo dicho, sea precisa la especificación del bien que podía hipotecarse. Se rechaza por tanto el argumento de la recurrente de la insuficiencia del poder.

En segundo lugar, esta sala comparte el criterio de la sentencia recurrida que, contra lo que la recurrente argumenta, sí llevó a cabo una valoración acerca de si se había producido un exceso o extralimitación en el ejercicio de las facultades conferidas al hijo atendiendo a la finalidad perseguida por el otorgamiento del poder.

La recurrente en casación prescinde en este momento procesal de la denuncia que hizo en las instancias de indebida autocontratación; con independencia de que el poder autorizara expresamente la autocontratación, en el caso es evidente que no la hay, pues el hijo no creó con su sola voluntad relaciones jurídicas entre el patrimonio propio y el de los padres haciendo uso de las facultades del poder. La recurrente, en cambio, mantiene que el hijo, como mandatario de sus padres, no se ajustó a la finalidad para la que se le otorgó el poder, sino que actuó en beneficio propio, y que la entidad demandada que concedió el crédito hipotecario era perfecta concededora de estas circunstancias.

No son convincentes las alegaciones de la recurrente en apoyo de su tesis, pues no cabe interpretar que la finalidad de los amplios poderes atribuidos al hijo fuera conferirle meras facultades de administración o la gestión de genéricos trámites burocráticos. La recurrente no especifica cual sería la concreta finalidad perseguida y su vaga manifestación sobre el deseo de que el hijo les ahorrara molestos trámites burocráticos entra en abierta contradicción con la amplitud de facultades atribuidas en el poder otorgado, que incluía tanto actos de administración como de disposición y, en particular, la constitución de hipotecas.

La sentencia recurrida admite que la financiación obtenida se dirige a satisfacer las necesidades de tesorería del hijo y a refinanciar un crédito suscrito con anterioridad, pero de ahí no puede deducirse que haya habido extralimitación del poder ni un ejercicio incorrecto de las facultades conferidas al hijo apoderado. Por el contrario, el criterio de la sentencia recurrida es compartible porque la hipoteca cuya validez se impugna fue concertada para garantizar un crédito que, en su mayor parte, se destinó a amortizar un préstamo concertado tres meses antes con otra entidad y de esta forma cancelar una hipoteca que gravaba la misma finca y cuya validez no se cuestionó en la demanda, por mucho que ahora en el recurso de casación, a la vista de la argumentación de la sentencia recurrida, se apunte que el poder se utilizó indebidamente también para constituir la primera hipoteca.

En definitiva, de los hechos acreditados en la instancia no resulta ningún dato que permita sostener que el hijo de la demandante, en el momento de la celebración del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria, estaba realizando un uso abusivo o desviado de las facultades de representación conferidas. Por el contrario, partiendo del conjunto de circunstancias concurrentes, esta sala comparte la apreciación de la sentencia recurrida cuando concluye que la hipoteca que pretende anularse se enmarca en la autorización de los padres dirigida a apoyar al hijo en sus negocios, garantizando con sus bienes la financiación que necesitaba».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 4695/2017] DE 13 DE OCTUBRE DE 2020 [Ponente: Antonio Salas Carceller]

*Contrato de arrendamiento de local de negocio: cuando se prolonga legalmente la actividad no se da la causa de extinción del arrendamiento por jubilación de la arrendataria.*

«Por la entidad Barral y Asociados S.A. se formuló demanda de juicio ordinario contra doña Susana, solicitando que se declarara extinguido el contrato de arrendamiento de local de negocio que vinculaba a las partes, por jubilación de la arrendataria.

La parte demandada se opuso a la demanda y, seguido el proceso, el Juzgado de primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la demanda. Recurrió en apelación la demandada y la Audiencia Provincial estimó únicamente el recurso a efectos de no hacer especial imposición de costas de la primera instancia. Confirma la desestimación de la demanda porque considera que quien accede a la modalidad de jubilación activa es considerado jubilado a todos los efectos (RDL 5/2013 art. 3) y, al ser de carácter voluntario esta modalidad de jubilación, supondría dejar a la decisión del arrendatario autónomo la aplicación de la causa de extinción. Añade que la interpretación y aplicación de esta regulación laboral y administrativa (RDL 5/2013) no es de la competencia de la jurisdicción civil.

Frente a dicha sentencia se ha interpuesto por la demandada recurso de casación.

SEGUNDO. - El recurso se formula al amparo del artículo 477.2-3º LEC, por interés casacional, y alega como infringido -en su motivo único- el Real Decreto Ley 5/2013 de 15 de marzo, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y

flexible, el cual no ha alcanzado aún los cinco años de vigencia, pues la sentencia recurrida entiende que la jubilación activa no excluye la aplicación de la Disposición Transitoria 3ª LAU 1994.

La oposición de la parte recurrida, mediante la alegación de causas de inadmisibilidad, no debe prosperar ya que, aunque se cita como infringida una norma administrativa (RDL 5/2013) -por sí insuficiente para fundar un motivo de casación ante la jurisdicción civil- que determina el interés casacional por tener una vigencia inferior a cinco años, hay que tener en cuenta que dicha norma viene a integrar el concepto de "jubilación" a que se refiere la Disposición Transitoria 3ª de la LAU 1994, como decisiva para la extinción de un grupo de contratos de arrendamiento de local de negocio, entre los que se encuentra el celebrado entre las partes.

Además, la resolución del recurso por interés casacional comporta que este tribunal haya de tener en cuenta la existencia de una doctrina sentada sobre la materia en resoluciones posteriores a la fecha de interposición del recurso, como sucede en este caso.

Esta sala, en sentencia núm. 113/2018, de 6 de marzo, cita la jurisprudencia anterior a la vigencia del RDL 5/2013 (sentencias de 8 de junio de 2011 y 21 de enero de 2013), según la cual "en aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la LAU de 1994, la jubilación del arrendatario determina la extinción del contrato de arrendamiento independientemente de que aquel continúe al frente de la actividad empresarial o comercial realizada en el local comercial. En este sentido la STS de 8 de junio de 2011 (RC núm. 1256/2007) establece que: "como trabajador resulta afectado por la situación de jubilación, por más que se sitúe al frente de una actividad empresarial". Asimismo, declara que: "La regla general es que el disfrute de la pensión por jubilación es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena/propia o con la realización de actividades para las Administraciones Públicas a excepción de la denominada jubilación flexible que permite compatibilizar ambos conceptos bajo circunstancias muy concretas"..."

Se refería dicha doctrina -como razona la sentencia núm. 113/2018- a los supuestos fraudulentos en que, producida una jubilación total, se continuaba con la actividad, lo que desde luego no podía significar beneficio alguno para el arrendatario infractor. Pero precisamente esa doctrina, bajo la situación creada por la nueva norma, significa "a contrario sensu" que, cuando se prolonga legalmente la actividad, no se da la causa de extinción del arrendamiento; extinción que imposibilitaría en la práctica la prolongación de

actividad en las mismas condiciones contempladas por el RDL 5/2013.

En este sentido de nada serviría al arrendatario acceder a una jubilación parcial, al amparo de una norma que le permite continuar en ejercicio de la actividad con determinadas condiciones, cuando ello significaría la extinción del contrato de arrendamiento sobre el local en que se ejerce la actividad.

TERCERO. - De ello se desprende la estimación del recurso sin imposición de costas (artículos 394 y 398 LEC) y con devolución del depósito constituido. Procede imponer a la entidad demandante las costas causadas en primera instancia por aplicación de dichas normas, sin especial declaración sobre las causadas en apelación.

### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 4252/2017] DE 15 DE OCTUBRE DE 2020 [Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas]**

*Contrato de arrendamiento de obra: incumplimiento. La figura del "Project Manager" (gestor de proyectos) como agente de la edificación: el gestor de proyectos se sitúa en una posición intermedia entre el promotor y la dirección facultativa, ya que, habitualmente, el promotor pretende, a través de la figura del gestor, sustituir su propio papel en el proceso edificatorio, en cuanto toma de decisiones o contratación, control o vigilancia. El gestor de proyectos como agente de la edificación responde ante el propietario de la edificación, que a su vez era promotor, por la falta de control sobre lo que debería supervisar en el proceso de ejecución de la obra.*

«Los presentes recursos se interponen contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, la mercantil JPL Nazul S.L., interpuso demanda frente a la entidad Ideapsa, S.A., Cotea Obras, S.L. D. Ángel Jesús y D. Luis Enrique, en ejercicio de acción basada en el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por cada uno de los demandados en relación con un contrato de arrendamiento de obra para la construcción de una vivienda en Paracuellos de Jarama y en infracción de la LOE, como posteriormente se concretará.

Alegó la demandante en su escrito de demanda, que la mercantil Ideapsa S.A. asumió la promoción y construcción de una vivienda unifamiliar propiedad de la demandante, a partir de un contrato de "Project Management" que tal mercantil firmó con la mercantil Centro Ginecológico Goya, S.L., por el cual Ideapsa S.A.

se haría cargo de llevar a buen fin la construcción de la vivienda, para lo cual se encargaba de seleccionar la empresa constructora, que resultó ser Cotea Obras, S.L. y los distintos subcontratistas, así como al arquitecto D. Ángel Jesús, para la redacción del proyecto de ejecución de la vivienda, y a D. Luis Enrique, como arquitecto técnico, para la dirección facultativa de dirección de obras. Una vez transcurrido el plazo de construcción, se alegó que había resultado pericialmente acreditada la existencia de daños, en su mayor parte imputables a la mala ejecución de las obras, y a la falta de control y supervisión de las mismas, que ascienden (los daños) a la cantidad de 159.374,17 euros, a lo que hay que añadir otros 119.575,29 euros, por excesos injustificados en las mediciones de certificaciones, como perjuicio directo que se le ha irrogado por certificaciones que se apartaban de la realidad contrastada, más el 15% de dichas cantidades, indebidamente facturada y cobrada por Ideapsa S.A., lo que arroja un total de 139.020,34 euros. Reclamaba la demandante, como petición principal, a esta mercantil un total de 583.966,95 euros por todos los conceptos y, con carácter subsidiario, para el caso de estimarse cumplida parcialmente la prestación y, de forma solidaria con el resto de demandados, la cantidad de 291.617,42 euros, comprensivos tanto de los daños directamente causados por la falta de supervisión en la dirección técnica de la obra, como de los excesos reflejados en las certificaciones y partidas realizadas por error o rehechas, a lo que hay que añadir otros 41.495,38 euros, que reclama únicamente a Ideapsa por el 15% de las cantidades en exceso facturadas. Todo ello lo hacía al amparo del artículo 1591 y siguientes del Código Civil, y del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Asimismo, reclama a Cotea Obras, S.L. la cantidad de 105.179,98 euros en concepto de lucro cesante.

Frente a tal pretensión cada una de las mercantiles demandadas y los dos arquitectos, superior y técnico, manifestaron su oposición a las cantidades reclamadas por la parte demandante.

Así, por la constructora Cotea Obras, S.L. se alegó la participación de hasta 47 empresas distintas en el proceso constructivo, así como la subsanación de numerosos defectos sin coste, el retraso en la finalización se debió a las continuas modificaciones y ampliaciones requeridas por la propiedad, y reclama con carácter de demanda reconvencional el pago de 11.000 euros, que solicita sea objeto de compensación con la cantidad reclamada por la actora.

D. Luis Enrique, arquitecto técnico, puso de manifiesto, tras reconocer la firma de un contrato de prestación de servicios profesionales con la actora, que la asunción por parte de Ideapsa S.A. de las facultades de dirección de ejecución inicialmente atribuidas por la LOE al director técnico, le exime de responsabilidad en tal dirección de ejecución de la obra, tanto por las deficiencias apreciadas en la ejecución como por el concepto de excesos de medición en las certificaciones parciales de obra. Alegó igualmente que se recogieron en el certificado final de obra las deficiencias de ejecución existentes, por las que, por tanto, no puede responder, así como que varias de las deficiencias apreciadas tienen su origen en obras ordenadas por la propiedad tras el CFO (certificado final de obra), para hacer habitable, como buhardilla, el espacio bajo cubierta.

Por parte de Ideapsa S.A. se alegó falta de legitimación pasiva y la falta de litisconsorcio pasivo necesario. Alegó asimismo la mala fe de la parte demandante, cuando con posterioridad a la entrega de la obra pactada se procede a la realización a instancia de la mercantil demandante de nuevas obras adicionales, en concreto la habilitación del espacio bajo cubierta, a fin de aumentar notablemente la edificabilidad, que la demandada desaconsejaba.

Por parte de la dirección facultativa superior, arquitecto D. Ángel Jesús, se alega falta de legitimación pasiva, tanto respecto de las deficiencias reclamadas por la actora como de los excesos de certificación de obras.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la demandante, JPL Nazul S.L.

Dicho recurso fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, de fecha 26 de mayo de 2017, la cual estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de estimar parcialmente la demanda. Absolvió a D. Ángel Jesús de la demanda interpuesta en su contra, con todos los pronunciamientos favorables y declaró que la demandada Ideapsa S.A., debía abonar a la actora la cantidad de 15.682,16 euros, en concepto de cantidad pagada como honorarios por las certificaciones en exceso facturadas a la actora, más los intereses legales; condenó a Ideapsa S.A. y a Cotea Obras S.L. a abonar de forma solidaria y conjunta a la actora la

cantidad de 90.127,35 euros, en concepto de excesos de medición certificados, más intereses legales. Asimismo, condenó de forma solidaria y conjunta a Ideapsa S.A., Cotea Obras S.L y D. Luis Enrique a pagar a la actora la cantidad de 103.668,71 euros, en concepto de reparación de las deficiencias de ejecución de las que deben responder los tres codemandados y tanto Ideapsa S.A. como Cotea Obras, S.L. responden con carácter solidario del pago de 4.072,01 euros, por la deficiente instalación de una de las partidas apreciadas en el informe pericial, relativa a la instalación de la moqueta. Impone a cada parte las costas causadas a su instancia, y las comunes por mitad, debiendo abonar la parte demandante las costas causadas a D. Ángel Jesús.

La sentencia de la Audiencia Provincial, en su fundamento de derecho sexto se ocupa de la posición jurídica de la demandante-apelante. A tales efectos indica lo siguiente:

"[...] En lo relativo a la posición jurídica que en el contrato de autos ocupaba la ahora apelante, como las diferentes codemandadas, tenemos que señalar que la ahora demandante había decidido constituirse como empresa promotora de la construcción del edificio, para obtener todas las posibles ventajas impositivas. Así, en el presente caso, no existe duda de la posición jurídica de la mercantil ahora apelante, promotora de la construcción de la vivienda objeto de autos, aun cuando en este momento se niega tal condición por su asistencia letrada. Así, la mercantil Centro Ginecológico Goya S.L. y la demandada Ideapsa S.A. firman en fecha 19 de diciembre de 2015 un presupuesto -doc. n.º 2 de los aportados con la demanda- según el cual, esta asume su participación en la construcción de una vivienda familiar en Paracuellos del Jarama, como gestor del proceso constructivo, ya que entre las funciones asumidas por Ideapsa estaba el asesoramiento y supervisión de contratación de arquitecto y aparejador, encargado técnico de obras y subcontratistas, así como el "soporte fiscal para promoción y construcción mediante entidad mercantil creada a tal efecto a fin de lograr las mejores condiciones impositivas". Por esa labor de gestión del proyecto la apelada Ideapsa S.A. obtenía un 15% del importe de cada certificación de obra emitida, contratación y compras contratadas o subcontratadas para la ejecución de la promoción de autos.

"Pero no podemos obviar que la apelante, además de aparecer como promotora de la vivienda en

construcción, es su propietaria, y si bien llevó a cabo la contratación de todas las empresas que intervinieron en el proceso constructivo, todo ello fue a propuesta, y bajo supervisión y control, de la demandada Ideapsa; esta, como hemos señalado, fue contratada por otra mercantil distinta de la que ahora es apelante, como Project Manager, precisamente para que asesorara a aquella en la creación de una sociedad encargada de la promoción, para obtener así los beneficios impositivos que pudieran darse y, salvo las primeras facturas abonadas por la mercantil con la que firmó el contrato de Project Management, el resto de las facturas fueron abonadas por la apelante, por lo que concluimos, como ya hemos afirmado anteriormente, que toda la relación contractual a la que se obligaron todos los demandados lo fue con la ahora apelante. Resulta evidente que la apelante, en cuanto actuó como promotora exclusivamente, y como propietaria del solar que encomienda a terceros la dirección y ejecución de la obra, puede exigir el correcto cumplimiento de lo acordado. Es doctrina jurisprudencial reiterada que para que prospere una acción por culpa "in vigilando" o "in eligendo", tal y como alegan los demandados, basada en el riesgo que comporta la utilización de la colaboración de otras personas para el ejercicio de una actividad que reporta beneficios, al amparo de lo establecido en el artículo 1903 del Código Civil, se requiere, entre otros presupuestos, que el agente causante del daño, al producirlo, actúe en el ámbito de las funciones correspondientes a esa persona a la que se imputa la responsabilidad, bajo su dirección, vigilancia y control, existiendo una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor del daño y la persona a la que se exige esa responsabilidad (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2010, por todas). Consecuencia de lo anterior es que, como norma general, en aquellos supuestos en que el comitente encarga a una persona o empresa adecuadamente cualificada para ello, la realización de una obra, aquél no responde de los daños causados por la actuación negligente del contratista, "ya que ninguna mayor diligencia puede exigirse a una persona que encomendar una determinada actividad a quien profesionalmente le corresponde realizarla en aplicación de la técnica de que es titular" (STS de 7 de abril de 2004, entre otras muchas). Con respecto a la figura del Project Manager, esta no ha sido muy desarrollada aún en nuestro derecho, aunque sí que lo ha sido en el derecho anglosajón. [...]

"[...] Una vez analizada la naturaleza jurídica de la figura de Project Manager resulta evidente su principal

participación en todo el proceso constructivo, asumiendo la dirección, gestión, control y verificación de cada una de las partidas de la construcción.

"Procede ahora determinar la responsabilidad civil del resto de los intervinientes en el proceso constructivo. [...]"

"En el fundamento de derecho siguiente se procede a examinar la responsabilidad de los diferentes intervinientes en el proceso constructivo, indicando lo siguiente:

"[...] Con respecto a la responsabilidad civil que se reclama respecto del arquitecto superior, Sr. Ángel Jesús, tenemos que desestimar la pretensión de la parte actora. El propio perito de la demandante, D. Porfirio, afirma que la vivienda no presenta graves defectos, sino deficiencias de ejecución, aunque luego afirma que había daños muy graves que hacían imposible el uso de la misma. (Min. 5 grabación acta). Por su parte, el perito propuesto por el arquitecto Sr. Ángel Jesús, D. Rómulo, afirma que la vivienda se encuentra en perfecto estado para su uso, encontrándonos, en lo relativo a las deficiencias observadas, que estas son de remates. En igual sentido, el perito judicialmente designado, Sr. Simón (Min. 47:08 grabación acta), quien concluye que la vivienda era perfectamente habitable. Las deficiencias, podemos concluir, afectaban a los acabados -así lo manifiesta el perito judicial (Min. 47:35 grabación acta)-, por lo que ninguna responsabilidad se puede desprender de la intervención del arquitecto superior. No nos hallamos ante imprecisiones en el proyecto del arquitecto superior, ni tampoco incumplimiento de obligaciones que afecten a la estructura del edificio, o a su seguridad, ni tampoco a la habitabilidad del mismo, ni obedecen a un defecto de estudio en el suelo. Por ello, procede desestimar la demanda con respecto al arquitecto superior, y ello tanto respecto de las deficiencias como de los excesos de certificación emitidos por Cotea Obras S.L. y verificados y gestionados por Ideapsa, máxime cuando la gestión y el control económico de la obra fue contractualmente asumida por esta última mercantil, Ideapsa: era esta la que asumía contractualmente el control económico y de ejecución material de la obra; así viene expresamente especificado en el contrato firmado entre esta mercantil demandada y la mercantil Centro Ginecológico Goya -doc. núm. 2 de los aportados con la demanda- donde se asume la dirección técnica de las obras, y se desprende igualmente de lo contenido en el doc. núm. 14 de los aportados con la demanda, y

de toda la documental, donde no aparece ninguno de los certificados de obra firmados por el arquitecto superior, ni por el arquitecto técnico.

"Por esta misma razón, dado que la vivienda es perfectamente habitable, junto con la falta de acreditación de los perjuicios por no probarse su destino al arriendo sino, antes bien, su utilización para fines propios de la mercantil, no procede otorgar indemnización alguna a la actora por lucro cesante, tal y como alega en el último motivo de su recurso de apelación.

"Ello nos lleva a concluir, en este caso, la indiscutible existencia de deficiencias en algunas de las partidas de la obra encargada a las demandadas, lo que se desprende del completo informe emitido por el perito D. Simón, y concluimos la existencia de daños comprobados en su visita a la vivienda, que obedecen a la defectuosa ejecución de las obras, asumidas por la contratista Cotea Obras S.L., bajo la dirección técnica del arquitecto técnico, tal y como este asumía en la relación contractual que le vinculaba con la demandante, ya analizada, y bajo la dirección y supervisión del Project Manager, quien aseguraba la correcta ejecución de toda la construcción.

"Tal informe pericial -reiteramos judicialmente acordado- va analizando cada una de las partidas alegadas como defectos por el informe pericial de parte, apreciándose daños en:

"Tarima y rodapiés, con origen en humedades por entrada de agua por las puertas de acceso a las terrazas, así como por el doble solado que ha propiciado tal entrada de agua. Se valora la reparación del daño por el perito en un total de 29.635,03 euros. De ello es responsable tanto el Project Manager como el contratista principal, y la dirección técnica.

"Humedades en paños interiores de las fachadas, por filtraciones de agua a través del recibido de ventanas. Se valora la reparación del daño en un total de 2.231,69 euros. De ello es responsable tanto el Project Manager como el contratista principal, y la dirección técnica, al tratarse de humedades que tienen su origen en el recibido de ventanas en diversas partes de la vivienda, en las fachadas y en las ventanas del hueco escalera, y todo ello se debe a fallos de ejecución, de los que debe responder tanto el Project Manager, como la contratista que efectuó tales obras y la dirección técnica que supervisó su ejecución. Así, aun cuando se niega por la asistencia letrada del arquitecto técnico toda responsabilidad de su cliente

en lo relativo a la habilitación de la planta bajo cubierta, por tratarse de obras posteriores contratadas con la constructora tras el CFO, lo cierto es que la preparación de esa planta bajo cubierta aparece certificada en la 17 certificación de las emitidas por Cotea en fecha 30 de mayo de 2008, anterior al CFO.

"Cubiertas, por fallos de ejecución en la colocación de las piezas de pizarra, o en el encuentro de las chimeneas con los "shunts" de ventilación. Se valora la reparación del daño en un total de 18.938,08 euros. Todas las cubiertas, aun las que responden a modificaciones del proyecto original, fueron realizadas con anterioridad al CFO, y por ello responden de tales deficiencias tanto el Project Manager como el contratista principal, y la dirección técnica, al tratarse de fallos de ejecución.

"Zócalo perimetral y porche trasero, con hundimiento del primero y desnivel en el segundo. Se valora la reparación del daño por el perito en un total de 12.499,22 euros. Consideramos incluida su ejecución en los certificados aportados por la actora.

"Piscina. Se valora la reparación en 4.448,42 euros. De ello responden tanto el Project Manager como la contratista y la dirección técnica, al tratarse de una partida incluida en la 16.ª certificación, de 30 de abril de 2008, anterior al CFO.

"Porche de acceso y terrazas, con impermeabilizaciones deficientes, y que, aun habiéndose procedido a su reparación, se han vuelto a cometer fallos de ejecución. Se valora la reparación en 5.420,97 euros. De ello es responsable tanto el Project Manager como el contratista principal, y la dirección técnica. En este sentido, en el proyecto original y en los certificados de obra se recoge el solado de baldosas en piedra natural en terrazas y exteriores.

"Baños, con humedades provenientes de fugas de agua del baño bajo cubierta, o con fuertes olores a humedad. Asimismo, tales humedades han provocado daños en un 20% del alicatado. Se valora el importe de la reparación en 3.936,18 euros, a lo que hay que sumar 6.102,06 euros del importe de la sustitución del mármol dañado, de los que responden los tres demandados.

"Revestimiento de los aleros, con deficiencias en la ejecución. El importe de la reparación, aún no efectuada, asciende a 3.352,12 euros. Igualmente

responden los tres demandados, por estar incluida su ejecución en los certificados aportados.

"Garaje y portón del garaje, con humedades, y que por mala ejecución permite la entrada de suciedad. El importe total de reparación de la puerta del garaje y las deficiencias observadas en su interior asciende a 1.796,63 euros. Responden de ello los 3 demandados, Ideapsa, Coted y D. Luis Enrique.

"Tabiquerías interiores con planos desviados, valorada en un 30% la actuación necesaria para su reparación, con un total de 688,24 euros. Responden los 3 demandados citados.

"Moqueta, con una incorrecta ejecución de su instalación, por importe de 4.072,01 euros. De esta partida responden solidariamente el Project Manager y la constructora, al haber asumido ambas la habilitación de la planta bajo cubierta, no así el arquitecto técnico, al tratarse de una intervención posterior al CFO y no resultar acreditada su participación en tal habilitación.

"Cuarto de caldera, con manchas con origen en el incorrecto sellado de los conductos de la caldera y en su tubo de ventilación, lo que motiva la necesidad de proceder al sellado de conductos de conexión, y picado y repintado de paramentos interiores, con nuevo solado de baldosa de gres tras la elaboración de una bancada para la caldera. El importe total de la reparación asciende a 939,53 euros. De ello es responsable tanto el Project Manager como el contratista principal, y la dirección técnica, al tratarse de fallos de ejecución.

"Puerta de acceso a la parcela, en algunas puertas interiores y en puerta blindada de entrada, con daños cuya reparación se valora en un 50% de la actuación necesaria. El importe total de la reparación de las puertas asciende a 3.691,32 euros, de lo que deben responder tanto el Project Manager como el contratista principal, y la dirección técnica.

"Pintura, con mala ejecución en los planos de pintura lisa, o con retoques muy diferentes al color del paño, o con fisuras en la fachada. El importe de la reparación asciende a 6.264,75 euros. De ello es responsable tanto el Project Manager como el contratista principal, y la dirección técnica, al tratarse de fallos de ejecución.

"Instalación del depósito de gasoil, con tapas de registros y arquetas oxidadas y descuadradas. La

reparación de las deficiencias apreciadas asciende a 944,98 euros, tanto el Project Manager como el contratista principal, y la dirección técnica responden de su reparación, al tratarse de deficiencias de ejecución.

"Falsos techos, con huecos que no han sido cerrados, con importe de reparación que asciende a 1023,15 euros, de la que responden tanto el Project Manager como el contratista principal, y la dirección técnica.

"Paramentos de la escalera interior, con humedades con origen en aislamiento insuficiente de los paños del hueco de la escalera que quedan en contacto con el exterior. La reparación tiene un coste de 436,01 euros, de la que responden tanto el Project Manager como el contratista principal y la dirección técnica.

"Mala colocación de interruptores o de un aspersor, junto a la escalera de baja al acceso de servicio. Su reparación total asciende a 340,32 euros. de la que responden tanto el Project Manager como el contratista principal y la dirección técnica.

"Tal perito judicial valora todos los costes de las reparaciones, bien ya efectuadas (min. 54 grabación acta) o que deberían efectuarse, con una cuantificación de la reparación, por valor de 111.508,33 euros, IVA incluido, de los que nosotros consideramos que se debe excluir la partida -que asciende a un total de 3.767,61 euros IVA incluido- relativa a gastos de reparación de las deficiencias apreciadas en la escalera interior, por tratarse de daños que no se han podido corroborar, y estimar que se ha procedido a la reparación completa de la escalera, que entendemos lo fue por la contratista principal. Esto arroja un resultado de 107.740,72 euros, S.E.U.O.

"No existe duda alguna de la responsabilidad de la demandada Ideapsa S.A. del buen resultado de la obra contratada, obligación asumida contractualmente, como hemos visto; esta mercantil debe responder de los defectos de ejecución en la obra de cuyo buen resultado se obligaba a partir del contrato firmado en fecha 19 de diciembre de 2005, y esta responsabilidad, de carácter solidario, debe hacerse extensiva tanto al contratista principal, Cotea Obras S.L. como a la dirección técnica de la ejecución de las obras, asumidas por el arquitecto técnico, D. Luis Enrique, por lo ya argumentado. Toda vez que de la partida relativa a instalación de moqueta consideramos que no es responsable el arquitecto técnico, como hemos

analizado, este no debe responder con carácter solidario de tal importe.

"Es por todo ello que tanto Ideapsa, como Cotea Obras S.L. y D. Luis Enrique responden con carácter solidario del pago de 103.668,71 euros, y tanto Ideapsa como Cotea Obras S.L. responden con carácter solidario del pago de 4.072,01 euros, correspondientes a los gastos de sustitución de la moqueta, no imputables a la dirección técnica, por lo ya fundamentado.

"El segundo de los apartados fundamentales que es valorado por la pericial judicial, como hace igualmente la pericial de la actora, es en lo relativo a los excesos de medición: resultan acreditadas también las partidas en las que ha existido tales excesos, comprobadas las certificaciones a partir de toda la documentación de la obra, tal y como se concluye del citado informe del perito judicial: tales certificaciones fueron emitidas por la constructora hoy demandada, y eran verificadas, de la que también se obtenía un beneficio de un 15% añadido a tal certificación por parte de la demandada Ideapsa.

"Para llegar a la valoración de tales deficiencias y excesos de medición, el perito judicial comparó las certificaciones presentadas con las mediciones efectuadas a partir de su visita a la vivienda y de todo ello se llega a la conclusión de que, del exceso de medición, comprobadas pericialmente, se benefició tanto la constructora, como la Project Manager y ello en un importe pericialmente acreditado de 90.127,35 euros. [...]".

Contra dicha resolución se ha interpuesto recurso de casación por Ideapsa S.A. y por D. Luis Enrique los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

El procedimiento fue tramitado en atención a una cuantía inferior a los 600.000 euros por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC.

El escrito de interposición, en cuanto al recurso de casación, de Ideapsa, S.A., se articula en dos motivos.

En el motivo primero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los artículos 8 y 9 de la misma norma, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita como opuesta a la recurrida la sentencia núm.

761/2015, de fecha 16 de enero, del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

A lo largo del motivo aduce, en su condición de Project Manager (gestor de proyectos), su falta de legitimación pasiva, para lo cual señala lo siguiente:

1.- La demandante es la promotora y propietaria y por tanto debía haber sido condenada solidariamente en todo caso con los demás agentes de la edificación, pues según la norma (LOE y la jurisprudencia) ella también lo es, y por tanto como promotor responde solidariamente con todos los demás agentes de la edificación.

2.- Ideapsa S.L. es contratada para el "asesoramiento técnico" de la edificación por Centro Ginecológico Goya S.L., luego esta segunda debería ser también un agente de la edificación (o tal vez un mandatario de la propiedad o/y del promotor), pues lo son todos los que actúan en la edificación (LOE y jurisprudencia), y si Ideapsa S.A. interviene, necesariamente debe hacerlo a través de Centro Ginecológico Goya S.L., que la contrata (relación jurídica), luego si se condena solidariamente a Ideapsa S.L., necesariamente debe serlo también Centro Ginecológico Goya S.L.

3.-No se ha definido la responsabilidad y participación de Centro Ginecológico Goya S.L. en la edificación, ni siquiera ha sido demandada, difícilmente, pues, puede definirse la de Ideapsa SA, que es contratada por la anterior.

4.- Ideapsa S.A., como asesor técnico de Centro Ginecológico Goya S.L. primero y si acaso de JPL Nazul S.L. después (demandante/promotora), no puede ser condenada por las funciones que la LOE y la jurisprudencia tienen definidas para el resto de los agentes de la edificación, ni siquiera de forma solidaria, pues su obligación no es de resultado sino de medios, y por tanto debe acreditarse su falta de diligencia o su negligencia en el ejercicio de su encomienda (asesoramiento técnico), que no es la ejecución de la obra. Nos encontramos ante un contrato que impone una obligación de medios y no de resultado, se trata de un arrendamiento de servicios y no de un contrato de ejecución de obra. Además, y conforme a las definiciones de los agentes que intervienen en la edificación según la ley (LOE), su función no sustituye ni se solapa con las del arquitecto, aparejador, constructor, promotor, etc. Como asesor, su función se realiza fuera de la cadena de mando o producción, luego no está compartiendo el resultado de las funciones del resto de

intervinientes y lo anterior independientemente de la diligencia desplegada en su trabajo como asesor del promotor o su mandatario, que podrá ser objeto de cuestión, pero no en este procedimiento.

5.- De hecho, Ideapsa S.L. no firma ninguna certificación de obra, ni las hace (las certificaciones), ni mide la obra, así como tampoco participa en el certificado final de obra, por tanto, los posibles desperfectos o vicios que puedan ocurrir o aparecer en la edificación no son de su responsabilidad, y sí de la del promotor y resto de agentes Intervinientes en la edificación. En resumen, Ideapsa es un mero asesor de Centro Ginecológico Goya y/o de JPL Nazul.

Por último, en el motivo segundo, tras citar como preceptos legales infringidos el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los artículos 8 y 9 de la misma norma, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida la sentencia núm. 761/2015, de fecha 16 de enero, del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y ello por la inaplicación del artículo 1709, en relación con los artículos 1710, 1714 y 1717 del Código Civil, con oposición a las sentencias todas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 8175/1992, de 27 de noviembre, 18470/1992, de 4 de diciembre, 9252/1992, de 21 de diciembre, 1575/1990, de 21 de febrero, 2422/1994, de 13 de abril, 8157/1994, de 13 de diciembre, 10335/1995, de 21 de marzo, y 17736/1993, de 5 de noviembre, entre otras, denunciando también por inaplicación el art. 1259 del Código Civil y su jurisprudencia representada entre otras por la 17736/1993, de fecha 5 de noviembre.

A lo largo del motivo se vuelve a plantear la falta de legitimación pasiva de Ideapsa, indicando a tales efectos lo siguiente:

1.- La demandante JPL Nazul S.L. carece de acción directa contra Ideapsa S.A., sí la tiene en cambio contra Centro Ginecológico Goya, S.L., pues parece que son mandante y mandatario.

2.- Se debió apreciar la falta de legitimación pasiva de Ideapsa S.A., pues su relación jurídica no lo es con la demandante JPL Nazul S.L., sino con el Centro Ginecológico Goya S.L., y de estas dos últimas entre sí.

3.- Si a Ideapsa S.A. se la considera responsable como agente de la edificación, lo debe ser necesariamente también su contratista Centro Ginecológico Goya S.L.

4.- Centro Ginecológico Goya S.L. debería de haber sido demandada en este procedimiento.

5.- En cualquier caso, se debería declarar la responsabilidad solidaria tanto de la actora/promotora JPL Nazul S.L., como de su mandatario Centro Ginecológico Goya S.L.

6.- Centro Ginecológico Goya S.L. no ha podido ejercitar su derecho a defenderse, luego el procedimiento ordinario 1768/2011 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid en el que se dictó la sentencia núm. 184/2015, de fecha 29 de julio, origen de este recurso adolece de un vicio de nulidad en sus actuaciones a partir del momento de la audiencia previa, como consecuencia de la falta de concurrencia como demandado de Centro Ginecológico Goya S.L.

El escrito de interposición, en cuanto al recurso de casación interpuesto por D. Luis Enrique, se articula en un único motivo de casación. En dicho motivo se denuncia la infracción de la doctrina del enriquecimiento injusto, alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala núm. 559/2010, de 21 de septiembre, rec. 1834/2006; núm. 148/1976, de 18 de mayo, y la núm. 529/2010, de veintitrés de julio, rec. 1926/2006.

La demanda de indemnización de daños y perjuicios parte de la necesidad de acreditar la existencia de tales daños, así como que la exigencia de la pretendida reparación es legítima. Los documentos aportados por la demandante demuestran que la misma pagó por la obra 762.097,30.-€. Asimismo, los propios documentos aportados por la demandante demuestran que el valor certificado de esa misma obra es de 1.068.276,78.-€. Es decir, la demandante es poseedora de una obra que vale 1.068.276,78.-€, pero sólo ha pagado por ella 762.097,30.-€. Sin embargo, se condena al hoy recurrente a que pague a la demandante la cantidad de 103.668,71.-€, con lo cual la misma obtendrá un enriquecimiento todavía mayor. Obtiene una vivienda valorada en 1.068.276,78.-€ y pagará por ella sólo 103.668,71.-€. Es cierto, y esta parte admite que la falta de pago de las referidas cantidades debería haber sido denunciada y reclamada por Cotea Obras, pero la realidad es que dicha parte no lo hizo. Mas tal circunstancia no puede afectar a la situación del hoy recurrente ni a que con relación a él concurren todas las causas para determinar que, de producirse una condena, se

incurriría en un supuesto de enriquecimiento injusto ya que de sostenerse la condena a la hoy recurrente se produciría el empobrecimiento del mismo que carecería de causa en tanto en cuanto se produciría como consecuencia de una realidad que le resulta completamente ajena; a saber, las cantidades que haya pagado el cliente a la contratista.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en un único motivo en el que al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 de la LEC, denuncia la infracción del artículo 218 LEC. Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida es incongruente. A tales efectos señala que argumentó como motivo de oposición el hecho de que la parte demandante/apelante no había probado la existencia de daño, en tanto había demostrado que la vivienda valía 1.068.276,78.-€, de los que sólo acredita haber pagado 762.097,30.-€, cuestión no resuelta por la sentencia recurrida.

Recurso extraordinario por infracción procesal de D. Luis Enrique.

SEGUNDO. - Motivo único. - "Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, tal y como se establece en el art. 469.1-2.º LEC, y en concreto violación del art. 218 LEC".

Se desestima el motivo.

Se alega incongruencia omisiva (art. 218 LEC) en la sentencia de apelación, al no resolver sobre la alegación planteada por el Sr. Luis Enrique sobre enriquecimiento injusto, cuestión que se planteó en la oposición a la apelación.

Debe rechazarse el motivo, dado que la alegación sobre enriquecimiento injusto en la oposición a la apelación, en tanto se estimaron la mayor parte de las peticiones del demandante, fue tácitamente rechazada.

Recurso de casación interpuesto por D. Luis Enrique.

TERCERO. - Motivo único. "En base al art. 477.3 LEC, por interés casacional en tanto vulnera la doctrina relativa al enriquecimiento injusto o sin causa recogida en las STS, Sala 1.ª 559/2010, de 21 de septiembre, rec. 1834/2006; 148/1976, de 18 de mayo; 529/2010, de 23 de julio, rec. 1926/2006".

Se desestima el motivo.

Se alega por el recurrente que el promotor (JPL Nazul S.L.) no había desembolsado la totalidad del precio de la obra encargada, con lo que, si percibe la indemnización de daños y perjuicios concedida, se provocaría un enriquecimiento injusto.

Tal planteamiento debe rechazarse dado que:

El arquitecto técnico no es acreedor del promotor, dado que percibió todos sus honorarios.

De existir un acreedor sería el contratista y este se limitó a reclamar 11.000 euros en reconvencción, que fue estimada en ese sentido.

No consta la existencia de la astronómica deuda que alega el recurrente entre promotor y contratista, dado que este solo reclama y obtuvo 11.000 euros.

Por tanto, no cabe enriquecimiento injusto, dado que no hubo empobrecimiento del ahora recurrente. En este sentido declaró la sentencia núm. 261/2015, de 13 de enero:

"Como principio general del derecho, cuya formulación sería "nadie debe enriquecerse injustamente o sin causa a costa de otro", se aplica de forma subsidiaria, en defecto de ley y de costumbre, y también informa el derecho patrimonial, para evitar que puedan producirse enriquecimientos injustos, y contribuye a su interpretación en tal sentido. Como institución jurídica autónoma (enriquecimiento sin causa), y sin perjuicio de las eventuales previsiones legales, su aplicación descansa sobre la concurrencia de un elemento económico (la ganancia de uno, correlativa al empobrecimiento de otro, mediando un nexo de causalidad entre ambas), y una condición jurídica (la ausencia de causa justificativa)".

Recurso de casación interpuesto por Ideapsa.

CUARTO. - Motivo primero. "El promotor (actora/propietario) es responsable solidario con todos los agentes de la edificación según la LOE y la jurisprudencia. ¿Ser además propietario excluye esta responsabilidad solidaria consecuencia de su participación en la edificación? Así parece en este caso, pues no se declara tal responsabilidad solidaria. La figura del Project Manager o asesor técnico es una obligación de medios o de resultado al fin de determinar su responsabilidad.

"Se denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en

relación con los arts. 8 y 9 de la misma norma, oponiéndose a la sentencia núm. 761/2015, de 16 de enero, del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entre otras".

QUINTO. - Decisión de la sala.

Se desestima el motivo.

Se pretende por el recurrente que debería haberse declarado la responsabilidad solidaria del promotor.

Se ha declarado probado en la sentencia recurrida que JPL Nazul S.L. es propietaria de la parcela y promotora de la obra acometida, al haberse iniciado la edificación en régimen de autopromoción, por lo que el demandante, aun no pudiendo considerarse un tercer adquirente, sí es el beneficiario directo de la obra y le quedan a salvo las acciones que ejercita contra los que considera agentes de la edificación, responsables de la deficiente ejecución (art. 17 LOE).

SEXTO. - Motivo segundo. "El promotor (actora/propietario) es responsable solidario con todos los agentes de la edificación según la LOE y la jurisprudencia. ¿Su mandatario lo es también, pues contrata a un tercero que sí es declarado agente de la edificación? ¿Tiene acción directa el mandante (actora) sobre el tercero contratado por el mandatario? El mandatario no ha sido demandado.

"Se denuncia nuevamente la infracción por aplicación indebida del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los artículos 8 y 9 de la misma norma, oponiéndose a la sentencia núm. 761/2015 de fecha 16/01/2015 del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y ello por la inaplicación del artículo 1709, en relación con los artículos 1710, 1714 y 1717 del Código Civil, con oposición a las sentencias todas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 8175/1992 de 27 de noviembre de 1992, 18470/1992 de 4 de diciembre, 9252/1992 de 21 de diciembre, 1575/1990 de 21 de febrero de 1990, 2422/1994 de 13 de abril de 1994, 8157/1994 de 13 de diciembre de 1994, 10335/1995 de 21 de marzo de 1995 y 17736/1993 de 5 de noviembre de 1993, entre otras, e inaplicación del art. 1259 del Código Civil y su jurisprudencia representada entre otras por la 17736/1993 de fecha 5 de noviembre de 1993, todo lo anterior en relación con los artículos 10, 416, 3.º y 418, de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

SÉPTIMO. - Decisión de la sala. Legitimación.

Se desestima el motivo.

Son muchas las cuestiones que incluye el recurrente en este motivo, por lo que dejaremos para un posterior análisis la figura del "Project Manager".

Ante todo, esta sala debe partir de que el marco jurídico que la parte demandante fija es el de la LOE, de forma que ya en segunda instancia no funda sus pretensiones en la responsabilidad contractual, por lo que las acciones que le pudieran competir al demandante en cumplimiento del contrato firmado no obtendrán respuesta de esta sala, al no haberse esgrimido en fase de apelación.

Empieza el recurrente por alegar que debería haber sido llamado al procedimiento el Centro Ginecológico, que debió ser condenado solidariamente con el promotor.

Clasificado la presente cuestión esta sala debe declarar que fue Centro Ginecológico quien firmó el contrato de "Project Management" de 19 de diciembre de 2005 con Ideapsa.

Sobre ello se declaró en segunda instancia:

"En lo relativo a la posición jurídica que en el contrato de autos ocupaba la ahora apelante, como las diferentes codemandadas, tenemos que señalar que la ahora demandante había decidido constituirse como empresa promotora de la construcción del edificio, para obtener todas las posibles ventajas impositivas. Así, en el presente caso, no existe duda de la posición jurídica de la mercantil ahora apelante, promotora de la construcción de la vivienda objeto de autos [...].

"Pero no podemos obviar que la apelante, además de aparecer como promotora de la vivienda en construcción, es su propietaria, y si bien llevó a cabo la contratación de todas las empresas que intervinieron en el proceso constructivo, todo ello fue a propuesta, y bajo supervisión y control, de la demandada Ideapsa; esta, como hemos señalado, fue contratada por otra mercantil distinta de la que ahora es apelante, como Project Manager, precisamente para que asesorara a aquella en la creación de una sociedad encargada de la promoción, para obtener así los beneficios impositivos que pudieran darse y, salvo las primeras facturas abonadas por la mercantil con la que firmó el contrato de Project Management, el resto de las facturas fueron abonadas por la apelante, por lo que concluimos, como ya hemos afirmado anteriormente, que toda la relación contractual a la que se obligaron

todos los demandados lo fue con la ahora apelante. Resulta evidente que la apelante, en cuanto actuó como promotora exclusivamente, y como propietaria del solar que encomienda a terceros la dirección y ejecución de la obra, puede exigir el correcto cumplimiento de lo acordado".

En suma, en la sentencia recurrida se declara, con acierto, que JPL Nazul S.L. está legitimada por las siguientes razones:

Por ser la promotora y propietaria de la obra y solar.

Porque la mayor parte de los honorarios de Ideapsa S.A. los pagó JPL Nazul S.L.

JPL Nazul S.L. fue la que contrató a los arquitectos y constructora que le propuso Ideapsa S.A.

Pese a que el contrato lo firmo Centro Ginecológico Goya S.L., la relación contractual de Ideapsa S.A. fue con JPL Nazul S.L., pues Centro Ginecológico Goya S.L. suscribió el contrato para que Ideapsa S.A. asesorara a JPL Nazul S.L. (promotora y propietaria).

JPL Nazul S.L. y Centro Ginecológico Goya S.L. comparten el mismo administrador (fundamento de derecho cuarto de la sentencia del juzgado, hecho no controvertido).

Por ello no se aprecia infracción de los arts. 8 y 17 de la LOE.

Por otro lado, no puede exigirse a JPL Nazul S.L. que demandase a Centro Ginecológico Goya S.L., dado que actuaba por cuenta de JPL Nazul S.L. con identidad de objetivos y sin extralimitación en el mandato, por lo que ningún sentido tenía la llamada al procedimiento de Centro Ginecológico, al no intervenir autónomamente en el proceso constructivo.

Por tanto, debemos declarar que JPL Nazul S.L. no tenía obligación legal de demandar a Centro Ginecológico Goya S.L.

OCTAVO. - La figura del "Project Manager" (gestor de proyectos) como agente de la edificación.

La doctrina más autorizada entiende que el despliegue de las distintas actividades a las que ordinariamente se obliga el gestor de proyectos le hace participar y coincidir en obligaciones que tradicionalmente, y según la legislación vigente, han sido adjudicadas a otros agentes de la edificación.

Al no tratarse de una profesión reglada, carecemos de una definición o concepto. Lo que refuerza la idea de que las competencias asumidas dependerán en cada caso del propio contrato de Project management. Lo anterior no excluye que en la práctica estos contratos suelen atribuir al gestor de proyectos la dirección y coordinación de los recursos humanos y materiales, a lo largo de todo el ciclo de vida del proyecto, mediante el uso de las más modernas técnicas de dirección para conseguir los objetivos prefijados de configuración, alcance, coste, plazo y calidad, y la satisfacción de las partes interesadas en el proyecto. El Project Manager suele caracterizarse por asumir la gestión única de todas las fases del proyecto, la coordinación de todos los agentes intervinientes, la participación en el estudio de viabilidad, y la vigilancia del proceso constructivo.

Pero conviene insistir en que hay que acudir a cada contrato para precisar las competencias atribuidas al gestor de proyectos.

En ciertos casos se asimila a la figura del promotor al extender la LOE la responsabilidad del promotor a los que actúen como gestor de cooperativas o de comunidad de propietarios, encontrando el fundamento en su intervención decisoria en la promoción. No obstante, ello no es del todo acertado puesto que la intervención del gestor, ciertamente decisoria, sin embargo, se produce en el marco de la edificación y no en el de la promoción o venta.

Más que sustitución de la función del arquitecto, el promotor pretende, a través de la figura del gestor, sustituir su propio papel en el proceso edificatorio, en cuanto toma de decisiones o contratación, control o vigilancia.

Así configurado el gestor de proyecto se sitúa en una posición intermedia entre el promotor y la dirección facultativa.

NOVENO. - Ideapsa S.A. como "Project Manager" o gestor de proyectos.

La parte recurrente entiende que el "Project Manager" no es un agente de edificación, en la forma prevista en la LOE.

Esta sala debe declarar que lo que le atribuye la condición de agente de la edificación es su encaje dentro del genérico concepto que se establece en el art. 8 LOE:

"Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. Sus obligaciones vendrán determinadas por lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención".

En este caso, para determinar el papel que Ideapsa S.A. ocupó en el proceso de edificación y, en consecuencia, su responsabilidad, deberá atenderse al contrato que suscribió y las funciones que en él se le asignaron. Responderá del incumplimiento de sus obligaciones respecto de la ejecución del edificio, es decir, la responsabilidad del art. 17 LOE, en la medida en que tales defectos le son imputables, atendidas las funciones que tenía encomendadas.

En el presente procedimiento Ideapsa S.A. como "Project Manager" o gestor de proyectos se comprometió en el contrato mencionado a:

La "dirección técnica de las obras".

La dirección del proyecto.

Asesoramiento en contratación de arquitecto, aparejador, encargado técnico de obra, subcontratistas, cálculo de estructuras.

Soporte técnico, jurídico y fiscal.

Gestiones con proveedores.

Obtención de licencias.

Y por estas funciones percibía los correspondientes honorarios.

Junto con ello, resulta de los hechos declarados probados que Ideapsa S.A. verificaba las certificaciones de obras, las cuales no estaban firmadas por los arquitectos.

De todo ello se deduce que Ideapsa S.A. no era un mero gestor de documentación, sino que gozaba de poder decisorio delegado por el promotor, controlando la dirección técnica de la obra, y verificaba las certificaciones de obra.

Como tal gestor de proyectos participaba de funciones propias del promotor, dirección económica, dirección de ejecución y del control de calidad, pero con tal autonomía y sustantividad que podemos concluir que, como gestor de proyectos, dados los compromisos adquiridos, reunía, en este caso, las características de

un agente de la edificación con entidad propia (art. 8 LOE).

Por su parte el art. 17 de la LOE establece:

"1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas: [...]

"2. La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder. [...]

"4. Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativas que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas".

En el presente procedimiento resulta que Ideapsa S.A. interviene activa y decisoriamente en el proceso de edificación, por lo que como agente de la edificación responde ante el propietario de la edificación, que a su vez era promotor, por la falta de control sobre los que debería supervisar en el proceso de ejecución de la obra.

Esas obligaciones de Ideapsa S.A. eran sin duda un compromiso contractualmente asumido, pues como el propio contrato establecía se obligaba a velar por la "ejecución completa del presente proyecto".

Por tanto, la Audiencia Provincial no infringió las normas invocadas».

*\*En la reproducción literal de los textos jurisprudenciales se ha revisado en lo posible -sin afectar el sentido- algún elemento ortotipográfico para adecuarlo a las reglas generales.*