

Jurisprudencia

Resoluciones judiciales e-Dictum 43

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1563/2013] de 7 de mayo de 2015 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Derecho concursal: concurso de acreedores.- Una situación de desbalance patrimonial o incluso de fondos propios negativos no implica, por sí misma, la insolvencia.- Para condenar al administrador o liquidador social a cubrir, en todo o en parte, el déficit concursal, no es suficiente que el concurso haya sido calificado como culpable y que los bienes hayan sido insuficientes para cubrir las deudas de la concursada, dado que no es un régimen "automático" de responsabilidad, sino que es precisa una "justificación añadida".

«1.- En el concurso de la entidad "Selink, S.L." se abrió la sección de calificación en la que el Juzgado Mercantil dictó sentencia en la que calificó el concurso como culpable, determinó como persona afectada por tal calificación a María Cristina, la privó de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa, la inhabilitó para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de dos años y la condenó a pagar a los acreedores concursales 1.907.175,44 euros.

2.- D^ª María Cristina interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, que revocó el pronunciamiento que condenaba a la recurrente a pagar a los acreedores concursales la cantidad de 1.907.175,44 euros, y lo redujo a 338.971,72 euros, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

3.- D^ª María Cristina ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El primer motivo se encabeza con el siguiente epígrafe: «La infracción del art. 217 de la LEC, que establece reglas sobre la carga de la prueba».

2.- La infracción se fundamentaba en que, correspondiente a la parte demandante la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, « la Administración Concursal no ha demostrado la existencia de motivos justificados para calificar el concurso como culpable y la sentencia recurrida considera que sí existen elementos probatorios para ello».

TERCERO.- Decisión de la Sala. Significado de la carga de la prueba.

1.- La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia. Así lo hemos declarado, entre otras, en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril.

2.- Dado que, según manifiesta la propia recurrente, la sentencia recurrida considera que existen elementos probatorios suficientes para declarar culpable el concurso, no ha existido infracción de regla alguna de la carga de la prueba. La crítica que en el recurso se hace a determinadas valoraciones probatorias o a determinadas valoraciones jurídicas de los hechos que constituyen el sustrato fáctico de la sentencia recurrida, es cuestión ajena a la correcta aplicación de las reglas legales de la carga de la prueba.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal tiene el siguiente epígrafe: «La infracción del art. 218 de la LEC, exhaustividad y motivación de la sentencia».

2.- En el motivo se alega que la sentencia recurrida no resuelve sobre la no generación o agravación de la insolvencia de la concursada con la conducta que se imputa a la recurrente. Critica asimismo la recurrente la motivación que se hace sobre la concurrencia de los motivos de culpabilidad y de la condena de la administradora a cubrir parte del déficit concursal.

QUINTO.- Decisión de la Sala. La motivación de la sentencia.

1.- La motivación de las resoluciones judiciales, además de venir impuesta por el artículo 120.3, de la Constitución, constituye una exigencia de su artículo 24.1, en cuanto permite conocer las razones de la decisión que contienen y hace posible la efectividad del control de la misma mediante el sistema de recursos.

Así lo afirma la sentencia del Tribunal Constitucional 56/2013, de 11 de marzo, y así lo ha declarado también esta Sala.

Pero el derecho de los litigantes a una motivación jurídica no les faculta para exigir que la argumentación sea exhaustiva en sentido absoluto ni que alcance a todos los aspectos y perspectivas que ofrezca la cuestión litigiosa (sentencias de esta Sala núm. 165/1999, de 27 de septiembre, 196/2003, de 27 de octubre, 262/2006, de 11 de noviembre, 50/2007, de 12 de marzo, y 774/2014, de 12 de enero de 2015).

2.- Esa necesaria motivación no falta ni es insuficiente en la sentencia recurrida, en contra de lo que se afirma en el motivo que se examina, dado que el tribunal de apelación expuso en los fundamentos de derecho de la misma el conjunto de consideraciones racionales que justifican el

fallo, el cual se ofrece con plena justificación interna a la luz de las reglas de la lógica.

Que la recurrente no comparta esta motivación, o que considere que la presunción del art. 165.1 de la Ley Concursal no alcanza a la relación de causalidad respecto de la generación o agravación de la insolvencia y haya por tanto que justificarla, no supone que la sentencia recurrida no esté adecuadamente motivada.

Recurso de casación.

SEXTO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación.

1.- El título que encabeza el primer motivo del recurso de casación es: «Infracción de Ley y de la Jurisprudencia aplicable, con amparo en el art. 477.3º de la LEC».

2.- El motivo se fundamenta en que «lo único que cubre la presunción del art. 165 es la dimensión subjetiva del comportamiento enjuiciado, esto es, el dolo o culpa grave, pero siempre y cuando quien formula la pretensión calificadoria haya logrado establecer probatoriamente, por incumbirle a él la carga correspondiente, la contribución causal de la conducta en relación con el estado de insolvencia».

Afirma igualmente la recurrente que la existencia de fondos propios negativos y el hecho de declarar pérdidas no son síntomas obligatorios de que la sociedad esté en insolvencia.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Significación de la insolvencia en el concurso. Alcance de la presunción del art. 165.1 de la Ley Concursal.

1.- Esta Sala ha declarado que en la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual (sentencia núm. 122/2014, de 1 de abril).

2.- La sentencia recurrida no ha desconocido esta doctrina. Es más, afirma expresamente que, como la propia sentencia

de primera instancia reconoce, una situación de fondos propios negativos no implica, por sí misma, la insolvencia.

Lo que hace la sentencia de la Audiencia Provincial, ratificando en este extremo el criterio del Juzgado Mercantil, es valorar una serie de hechos (situación de fondos propios negativos muy abultados en relación al capital social de la concursada desde varios años antes a la solicitud de declaración del concurso, pérdidas continuadas y progresivas durante ese periodo, necesidad de enajenar activos para atender gastos básicos como los del pago de nóminas, etc) para concluir que de los mismos se desprende esa situación de insolvencia desde mucho antes de que se solicitara la declaración en concurso, sin que, considere la Audiencia, tal conclusión haya resultado desvirtuada.

No se ha cometido, por tanto, la infracción sustantiva denunciada.

3.- En lo que se refiere al alcance de la presunción de culpabilidad del concurso del art. 165.1 de la Ley Concursal (incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso), es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que el art. 165.1 de la Ley Concursal es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción "iuris tantum" [que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario] en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia (sentencias de esta Sala núm. 259/2012, de 20 de abril; 255/2012, de 26 de abril; 298/2012, de 21 de mayo; 459/2012, de 19 de julio, y 122/2014, de 1 de abril).

OCTAVO.- Formulación del segundo motivo del recurso de casación.

1.- El segundo y último motivo de casación comienza con el siguiente epígrafe: «Infracción del art. 172.3 de la LC (hoy 172 bis)».

2.- La recurrente afirma que la jurisprudencia ha incidido en la necesidad de que los hechos imputados para justificar la calificación del concurso culpable al amparo del art. 165.1 de la Ley Concursal sean relevantes desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia, por lo que es relevante para hacer la imputación de la responsabilidad concursal la entidad que haya alcanzado tal generación o agravamiento de la insolvencia, y que se trata de una

responsabilidad por deudas en la que habrá que atender a los criterios normativos de cada uno de los tipos de culpabilidad y a los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores que guarden relación con la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable, sin que la sentencia recurrida haya justificado los motivos por los que debe condenar a la administradora al pago de determinada cantidad.

NOVENO.- La condena a la cobertura del déficit concursal.

1.- Esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3 de la Ley Concursal, hoy 172.bis, en el régimen anterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo. Para condenar al administrador o liquidador social a cubrir, en todo o en parte, el déficit concursal, la Sala ha declarado que no es suficiente que el concurso haya sido calificado como culpable y que los bienes hayan sido insuficientes para cubrir las deudas de la sociedad concursada, dado que no se trata de un régimen "automático" de responsabilidad, sino que es precisa esa "justificación añadida" a que hace referencia la recurrente.

2.- Pero, en contra de lo afirmado en el recurso de casación, la sentencia de la Audiencia Provincial realiza esa valoración, puesto que, en el plano subjetivo, la condenada resulta ser la administradora de derecho de la sociedad, y por tanto la persona responsable de la conducta consistente en no haber solicitado la declaración de concurso, era la hoy recurrente. Y en el plano objetivo, la sentencia recurrida valora la gravedad de la conducta teniendo en cuenta los criterios normativos de la causa de calificación del concurso como culpable, que consisten en la relevancia que para la generación o agravamiento de la insolvencia haya tenido la demora en la solicitud de la declaración de concurso, pues analiza la evolución de los fondos propios negativos y de las pérdidas de la sociedad durante el periodo en que debió solicitarse la declaración de concurso.

3.- Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración por la sentencia recurrida, son

elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable.

Por otra parte, la Audiencia Provincial ha razonado la reducción de la condena de la administradora social respecto del importe fijado por la sentencia del Juzgado Mercantil y su concreción en dos partidas relacionadas con la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1121/2013] DE 14 DE MAYO DE 2015 [Ponente: Sebastián Sastre Papiol]

Sociedades de capital.- La acción de responsabilidad por deudas requiere que los administradores sociales hayan incumplido el deber de promover la disolución, cuando exista una causa legal que así lo exija, y no cuando nació la deuda reclamada porque la sociedad no se hallaba en causa de disolución (ex. art. 367 LSC). Es de aplicación la ley vigente al tiempo en que se incumple el deber legal de convocar la Junta de socios.

«1. La actora, Disarp, S.L. formuló demanda de juicio ordinario contra D. Imanol y D^a Juana en su calidad de administradores solidarios de la Compañía mercantil Suministros Hotelers Moskater, S.L., ejercitando la acción de responsabilidad por deudas por incumplir la obligación de convocar junta general de socios al existir, a su entender, una causa de disolución.

En la demanda reclama una deuda originada por suministros efectuados a la demandada durante los años 2004/2005 que fue objeto de un reconocimiento de deuda y de refinanciación, de fecha 12 de septiembre de 2005, por un importe de 70.802.51.-# que, incumplida, fue objeto de un juicio ordinario de reclamación de cantidad (juicio ordinario 735/2006, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alzira), en el que se condenó a abonar a la actora la suma de 72.736,46.-#. Al no hacer frente la sociedad Suministros Hotelers Moskater, S.L. al pago de la deuda voluntariamente, se procedió a reclamarla por un procedimiento de ejecución de títulos judiciales (nº 770/2007, del mismo Juzgado), por un importe de 99.496,43.-#, entre principal, intereses estimados y costas. Disarp, S.L. solicita en la presente demanda la responsabilidad solidaria de los administradores por la deuda que mantiene la sociedad Suministros Hotelers Moskater, S.L. con la actora, y la condena a pagar la cantidad

de 72.736,46.-#, así como los intereses y costas que resulten de dicha deuda "que se hallan pendientes de aprobación judicial", dimanantes de los procedimientos judiciales seguidos (el juicio ordinario y el de ejecución) ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alzira.

2. Contestan los demandados negando que, al tiempo de contraer la deuda con la actora, la sociedad Suministros Hotelers Moskater, S.L. de la que eran administradores solidarios estuviera en una causa de disolución, pues ésta pudo originarse a partir de 2007, 2008 y 2009 que es posterior al momento en que se originó la deuda (años 2004/2005). Por lo que no procede exigir responsabilidad por las deudas sociales, invocando los correspondientes preceptos sobre esta materia de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

3. La sentencia del Juzgado de primera instancia desestimó la demanda e impuso las costas a la actora.

Entendió que el documento de reconocimiento de deuda, en ningún caso puede considerarse una novación contractual. Por otra parte, señaló que no existe acreditación alguna de que la sociedad se encontrara incurso en causa de disolución en la fecha en que fueron contraídas las deudas. Sólo a partir del ejercicio de 2007 hay prueba de la insuficiencia patrimonial, pero las cuentas anuales hasta el ejercicio de 2006 fueron correctamente depositadas y demuestran una situación de solvencia. Por ello, concluye "la parte demandante se ha centrado en las posibles causas de disolución a partir de 2007, sin proponer prueba alguna respecto de la verdadera fecha en que se contrajo la deuda (2003 a 2005)...; que concurra una o varias causas de disolución a partir de 2007 o posteriormente, no puede significar en ningún caso que sea posible retrotraer esta situación a 2005, ... por lo que no procede declarar la responsabilidad solidaria de los administradores de la sociedad respecto de la deuda social reclamada, dado que no ha conseguido acreditarse que concurriera causa de disolución en el momento en que fue contraída la deuda..."

4. Frente al recurso de apelación interpuesto por la actora, el Tribunal de apelación confirmó la sentencia de primer grado, estimando que la resolución apelada está jurídicamente fundamentada, a la que se remite (motivación por remisión). Señaló que de acuerdo con el art. 367.2 LSA, responden solidariamente los administradores de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución y, en el presente caso, al momento del nacimiento de la obligación, con independencia de la exigibilidad de la misma, pues "es el momento en que la obligación se contrae el que debe ser examinado para

valorar si la sociedad se hallaba incurso en causa de disolución, con pasividad, al respecto de los administradores. Esta inacción es la que justifica y determina la extensión solidaria a los mismos de la responsabilidad por deudas de la sociedad". No importa, señaló, que se conviniera el pago de la deuda de forma aplazada, y que esta devengara intereses, porque estas son materias que afectan al cumplimiento pero no al nacimiento de la obligación.

Por último, a efectos del presente recurso, el Tribunal rechaza la alegación del apelante que pretende acogerse a la normativa vigente al tiempo de nacimiento de la obligación (año 2005) por la que, de existir causa de disolución en el momento de contraer la obligación se respondía de todas las obligaciones, también de las anteriores. Sin embargo, destaca el Tribunal, en el presente caso, la causa de disolución se habría producido a partir de 2007, vigente la Ley 19/2005.

RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.- Formulación del motivo

Se articula el motivo único en los siguientes términos: "El problema jurídico que se suscita en relación al art. 367 LSC y su errónea interpretación por la Audiencia es en el ámbito de la situación que no(s) ocupa.

Estamos ante unas deudas sociales que se originan en un lapso temporal -años 2003 a 2005- en los que está vigente el art. 105 LSRL del año 1989 (sic). Este precepto introduce la responsabilidad solidaria de los administradores por deudas sociales sin someter a estas deudas al requisito o condicionamiento temporal de que las mismas deben de ser posteriores al nacimiento de la causa de disolución. Es por ello que no importa si las deudas son anteriores o posteriores a dicha causa de disolución. Existiendo las deudas sociales y existiendo causa de disolución, nace de forma quasiobjetiva la responsabilidad solidaria de los administradores".

En el desarrollo del motivo señala el recurrente que se le está aplicando de forma retroactiva el art. 367 LSC, porque "si el origen de la deuda es durante el tiempo de 2003 a 2005 y por tanto la norma aplicable es la LSRL de 1989 (sic) que como es sabido no supedita el requisito temporal el nacimiento de la responsabilidad social", se le está aplicando de forma retroactiva la Ley 19/2005, al señalar la sentencia que cuando se da la causa de disolución ya estaba en vigor la reforma del art. 105.5 LSRL por la Ley 19/2005.

TERCERO.- Desestimación del motivo único del recurso

1. La acción ejercitada de responsabilidad de los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada, prevista en el art. 105.5 de la LSRL (hoy, art. 367 LSC), requiere que los administradores hayan incumplido el deber de promover la disolución, cuando existe una causa legal que así lo exige. Aunque esta responsabilidad de los administradores se vincule a cualquier causa de disolución, su importancia se manifiesta singularmente en los supuestos de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que se establezca, a través de una operación de reducción o de ampliación del capital social, el equilibrio patrimonial, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Es una responsabilidad por deuda ajena, ex lege, que no tiene naturaleza de "sanción" o "pena civil", como señalan las SSTs 367/2014, de 10 de julio, 1063/2012 de 7 de marzo, 13 de abril de 2012, entre otras.

2. De este modo es preciso que mientras los administradores demandados estaban en el ejercicio de sus cargos, la sociedad hubiera incurrido en alguna de las causas de disolución (en la actualidad reguladas en el art. 363 LSC).

Cuando nació la deuda reclamada (año 2005) ha quedado acreditado en la instancia que la sociedad no estaba incurso en ninguna causa de disolución, sino que, en todo caso, esta aparece a partir de 2007 y en los años sucesivos. Si la sociedad hubiera estado en causa de disolución en el momento de contraer la deuda, hubiera obligado a los administradores a cumplir los concretos deberes que le imponen actualmente los arts. 365 y 366 LCS: (i) en primer lugar, convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución; (ii) en el caso en que no se hubiera podido constituir la junta, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista en la celebración de la junta; y (iii) si se hubiese celebrado la junta, pero no se hubiera adoptado el acuerdo de disolución o el acuerdo hubiese sido contrario, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde el día de la junta.

Ninguno de estos deberes les eran exigibles a los administradores demandados porque la sociedad deudora no se hallaba en causa de disolución en el momento de contraer la sociedad la deuda frente a la actora. Como señala la sentencia recurrida es el "momento en que la obligación se contrae el que debe ser examinado para valorar si la sociedad se hallaba incurso en causa de disolución... y lo que no se ha probado es la concurrencia de causa de disolución en aquel momento" (Fundamento de Derecho Segundo).

3. Por último, en la formulación del motivo, el recurrente señala que la sentencia recurrida aplica con carácter retroactivo al supuesto concreto la Ley 19/2005, cuando la deuda existía desde el año 2005.

La sentencia impugnada no aplica retroactivamente la Ley 19/2005. La sentencia aplica la ley vigente al tiempo en que se incumple el deber legal de convocar la junta de socios cuando la sociedad está incurso en una causa de disolución. Está acreditado que la causa de disolución aparece en 2007, incumpléndose por los administradores aquél deber de convocar. Por tanto, los administradores responden, a partir de este momento, de todas las deudas posteriores al incumplimiento legal, momento en que ya habría entrado en vigor la Ley 19/2005. Por tanto, la responsabilidad de los administradores no alcanza a la deuda que acredita el recurrente, que es anterior a 2007».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1579/2013] DE 27 DE MAYO DE 2015 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Obligaciones y contratos.- Contrato de distribución: solo hay indemnización por clientela si se prueba la efectiva aportación de clientela y su pontencial aprovechamiento por el concedente.

«1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Las sociedades Disgobe, S.A. y Distrior, S.L. pertenecen al mismo grupo, y tienen por socio mayoritario a Jacobo. Disgobe, S.A. ha sido distribuidor en exclusiva de los productos de Schweppes, S.A. para la provincia de Pontevedra desde el 2 de enero de 1986 hasta el 31 de diciembre de 2008, en que Schweppes resolvió el contrato. Esta relación contractual había sido instrumentada en un documento privado, e inicialmente se concertó con Rioblanco, S.A., que fue luego sustituida por Schweppes, S.A. Esta resolución contractual dio lugar a un procedimiento distinto del presente, del que conoció en primera instancia el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 Madrid (juicio ordinario núm. 753/2009) y en apelación la sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo núm. 822/2011), que lo resolvió por sentencia de 26 de abril de 2012. Además, Schweppes tenía concertado con Distrior, S.L. la distribución de sus productos en la provincia de Orense, sin que conste documentado por escrito esta relación contractual. Este contrato, posterior al de Disgobe, S.A., también fue resuelto

por Schweppes a finales de 2008. Es esta resolución la que provocó el presente procedimiento.

2. Distrior, S.L. presentó una demanda en la que reclamaba la compensación por clientela y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la resolución unilateral del contrato de distribución que le vinculaba con Schweppes. En concreto, pedía 158.565,02 euros de compensación o indemnización por clientela, 61.515 euros por lucro cesante, 163.758,98 euros por daño emergente en atención a los activos fijos no amortizados y las obligaciones de pago asumidas en inversiones en inmovilizado material, y 8.514,12 euros por los envases.

3. El juzgado de primera instancia acogió la principal objeción de la demandada (Schweppes), y entendió que la relación que medió entre las partes no era de distribución-venta sino de distribución-reparto, en la que Distrior, S.A. se limitó a realizar tareas logísticas de entrega o de reparto a los clientes, y en ocasiones de gestión de la facturación, pero no realizó ninguna labor comercial en el curso de la cual existiera una generación de clientela a favor de Schweppes. En consecuencia, desestimó íntegramente las pretensiones de la demandante.

4. La Audiencia Provincial que conoció de la apelación entendió que la relación contractual entre Distrior, S.A. y Schweppes era de distribución venta, y no de distribución reparto. Para llegar a esta conclusión, la sentencia de apelación parte de la consideración de que este contrato verbal se convino con el mismo contenido, como una ampliación posterior para otra provincia, del contrato de distribución que ligaba a Disgobe, S.A. con Schweppes de 1986, que sí estaba documentado por escrito. Analiza el clausulado de este contrato y concluye que «difícilmente puede sostenerse que la actora quedaba ajena a la preventa o a la acción comercial, por encargarse sólo de la entrega de la mercancía a servir, y si acaso a su facturación».

En atención a los dos motivos del recurso de casación, resulta conveniente transcribir el análisis del clausulado del contrato que lleva a cabo la sentencia de apelación: «tenía por objeto la concesión de la distribución mercantil y venta de los productos que fabricaba la demandada, percibiendo la actora a cambio un margen comercial (estipulación 1ª); se designó un territorio concreto, estableciéndose exclusividad por ambas partes (estipulación 2ª); se viene a reconocer, y en definitiva a garantizar, que la actora contaba con una organización de ventas propia y con instalaciones, medios y personal adecuado para cumplir y satisfacer las necesidades comerciales de la concedente, y en concreto para "tomar nota de los pedidos" que le pudiera facilitar, lo que a su vez

implicaba una limitación de su libertad organizativa a la hora de programar su actividad profesional, al tener que estar capacitada para poder dar servicio puntual y estar en condiciones de poder colmar las exigencias de aquella (estipulación 3ª); todo lo anterior se refuerza en la estipulación 4ª, al pactarse que el objeto del contrato es la distribución y venta de todos los productos que comercializaba Schweppes, -no sólo la mera entrega y facturación-, que se podría ver ampliado o reducido con los productos o marcas con cuyas compañías concesionarias pudiera suscribir contratos la concedente, y lo que afectaría directamente a la distribuidora; los productos eran directamente adquiridos por la actora de la concedente (estipulación 5ª); la actora se comprometía a facturar a sus clientes -es decir, que se vienen a reconocer labores o facultades de comercialización-, conforme a la lista de precios dada por la concedente (estipulación 6ª), teniendo que asumir en ello las directrices que en materia comercial o promocional pudiera imponerle; también tenía que atender puntualmente los pedidos de los clientes que recibiera de Schweppes, a los que vendería a los precios estipulados, aunque los créditos que concediese serían de su cuenta y riesgo, y lo que desde luego no excluía que tuviese clientes propios o que sólo debiera atender a aquéllos (estipulación 7ª); en esa misma estipulación se hablaba de los pedidos que recibiera la actora gracias a los preventistas, ventas telefónicas u otros sistemas, que le serían comunicados por escrito, no expresándose o deduciéndose que pudieran o debieran ser los únicos, entre otras razones porque si fuere así, nada se habría tenido que especificar al respecto; igualmente se estableció que excepcionalmente Schweppes quedaba facultada para negociar precios o formas de pago con cadenas de alimentación o grandes superficies, excluyendo de ello a la actora, de manera que sólo en estos casos se limitaría a repartir el producto, pero no a su facturación o venta; o que el personal de Schweppes podía acceder al territorio para llevar a cabo contactos comerciales o realizar investigaciones de clientes potenciales, lo que implica que tales funciones debían ser realizadas en principio y con carácter general por la actora; y que ésta corría el riesgo de todas las operaciones (estipulación 13ª)».

La Audiencia analiza a continuación la prueba testifical practicada, y advierte que consta que había clientes que fueron captados por la demandante para Schweppes y otros que fueron captados por los comerciales de Schweppes.

Como consecuencia de haber entendido que la demandante había realizado labores de captación de clientela, que luego había redundado en beneficio de Schweppes, le reconoce el derecho de compensación por clientela y aplica analógicamente la indemnización del art. 28 LCA. Para su

cálculo, la Audiencia parte del número de clientes a los que suministraba la demandante productos de la demandada, a diciembre de 2009, que presumiblemente seguirían siendo clientes (1.644 clientes), y que de ellos, estimativamente, el 75% habrían sido captados por la labor comercial de la demandante y el 25% por la demandada. Y concluye al final que «a falta de prueba concreta y sobre los ingresos exactos que pudiese haber obtenido la actora por la distribución o venta de productos de la demandada entre los clientes por ella captados, y teniendo en cuenta que el tope máximo estaría fijado en su importe o margen bruto, en atención a las circunstancias que concurren en el caso de autos, tanto las anteriormente expuestas como las que se expondrán, y al ignorarse también las expectativas de negocio que pudieran generar sólo los que captó, esta Sala fija prudencialmente la indemnización que por clientela le correspondería percibir a la actora, en el 25% del importe del margen bruto obtenido durante los últimos 5 años, según se desprende del informe pericial emitido por el Sr. Juan Ignacio, y lo que supone una cifra de 39.641,25 #».

Después, desestima la pretensión indemnizatoria por daño emergente y lucro cesante, sin que ahora sea objeto de controversia. Y, sin embargo, estima la reclamación del importe de los envases ya pagados o no afianzados que realiza la demandante, y que asciende a 8.514,84 euros. A tal efecto, declara probado que al tiempo de la resolución del contrato existían envases por 7.694,04 euros, y los clientes mantenían en depósito otros envases por 820,20 euros.

5. Frente a la sentencia de la Audiencia, Schweppes interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de tres motivos, y recurso de casación, articulado también en tres motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

6. Formulación del motivo primero. El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, y denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia de una valoración ilógica absurda de la prueba practicada.

Al comienzo del desarrollo del motivo razona: «con carácter previo debemos aclarar que esta parte no cuestiona los hechos que han sido objeto de prueba, de tal manera que nuestro recurso no se basa en unos hechos diferentes, sino que consideramos ilógica y absurda, dicho sea con el debido respeto la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia». En realidad, esta valoración de la prueba lo es en relación con la conclusión alcanzada de que la relación jurídica que unía a las partes era de contrato de

distribución-ventas y no de distribución-reparto, lo que «se opone frontalmente a la realidad jurídica prevista por las partes al regular su relación comercial».

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

7. Desestimación del motivo primero. El propio recurrente reconoce, al principio del desarrollo del motivo, que no cuestiona los hechos, sino la valoración realizada en la sentencia recurrida. No obstante, en el curso del desarrollo del motivo, al describir las razones por las que se tacha de ilógica y absurda la valoración de la prueba realizada por la Audiencia, se advierte que el recurrente mezcla valoraciones jurídicas y valoraciones sobre la acreditación de hechos.

Las valoraciones jurídicas son las que lleva a cabo el tribunal al interpretar y calificar la relación contractual que mediaba entre las partes. Estas valoraciones no pueden ser objeto de impugnación por ilógicas o absurdas, dentro del estrecho margen del apartado 4º del art. 469.1 LEC.

Respecto de la valoración de la prueba en orden a la determinación de los hechos probados, en concreto que Distrior generó e incrementó la clientela de Schweppes, rige la jurisprudencia de esta Sala según la cual: «la valoración de la prueba es función de instancia, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva» (entre otras, Sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero).

La valoración realizada por el tribunal de instancia cuando concluye que la clientela a la que Distrior distribuía productos de Schweppes en la provincia de Orense había sido generada tanto por la propia Distrior como por agentes comerciales de Schweppes no es absurda, a la vista de toda la prueba valorada por el tribunal, y no sólo la que menciona el recurso. El tribunal se refiere expresamente al testimonio de tres clientes que declararon haber sido captados por Distrior, y de un comercial de esta entidad que manifestó que había captado clientes para Schweppes, a quienes visitaba todas las semanas, sin perjuicio de que también coincidiera con comerciales de Schweppes. Se puede compartir o no la valoración realizada por el tribunal de instancia, pero en ningún caso puede concluirse que haya incurrido en un error notorio. Estos testimonios, en el contexto de la interpretación de las cláusulas del contrato de 2 de enero de 1986 que, por regir la relación jurídica de

distribución que una sociedad del grupo de la demandante desarrollaba en la provincia de Pontevedra, sirve para conocer los términos en que las partes de este procedimiento convinieron de forma verbal la distribución en la provincia de Orense, muestran razonable la conclusión alcanzada por la Audiencia.

8. Formulación del motivo segundo. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, y denuncia la infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto de la regla contenida en el art. 217.2 LEC, al alterar indebidamente la carga de la prueba. Esta infracción se habría producido al imponer al fabricante y no al distribuidor la carga de acreditar la generación e incremento de la clientela.

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

9. Desestimación del motivo segundo. El tribunal de instancia, después de haber interpretado el contrato y haberlo calificado no de distribución-reparto, sino de distribución-venta, y haber constatado que los clientes a los cuales Distrior distribuía productos de Schweppes en la provincia de Orense habían sido captados tanto por la propia distribuidora como por agentes comerciales de Schweppes, valora la actitud procesal desarrollada por las partes en relación con la acreditación de los concretos clientes captados por una u otra partes. La demandada se limitó a negar que todos los clientes contenidos en la lista aportada por la demandante, hubieran sido conseguidos por esta última. La sentencia recurrida entiende que Schweppes podía haber aportado su propia lista de clientes y las notas de los pedidos que les realizaba, lo que necesariamente debería coincidir con la mercancía que le proporcionaba a la demandante para su entrega. Y, en cualquier caso, podía haber aportado la lista de los clientes a quienes había servido sus productos antes de que comenzara a trabajar con Distrior en la provincia de Orense. La Audiencia concluye que, en este caso concreto, Schweppes tenía mayor facilidad para probar qué clientes habían sido generados por sus comerciales y, en cualquier caso, las notas de pedidos recibidos directamente de tales clientes, si es verdad, como afirmaba la demandada, que Distrior se limitaba a repartir lo que le encargaba Schweppes.

Apyarse en la regla de la facilidad probatoria del art. 217.7 LEC y en la conclusión probatoria de que los clientes habían sido generados tanto por la distribuidora como por Schweppes, para calcular de forma estimativa que un 75% de los clientes lo fueron por la demandante y un 25% por la

fabricante, no conculca la regla de distribución de la carga de la prueba contenida en el art. 217.2 LEC.

El art. 217 LEC expresamente prevé que la regla general contenida en el apartado 2, pueda ser alterada por la aplicación procedente de la regla contenida en el apartado 7, que puede justificar una salvedad a la regla general. Según el apartado 2 del art. 217 LEC, « corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda ...». Y conforme al apartado 7, esta regla puede dejar de operar si el tribunal entiende, como ha ocurrido en nuestro caso, que la disponibilidad y facilidad probatoria correspondía a la demandada.

10. Formulación del motivo tercero. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, y denuncia la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto el art. 218.2 LEC, por falta de motivación de la sentencia. La falta de motivación se refiere a que no se justifica el criterio empleado para determinar el porcentaje de clientes cuya captación atribuye a cada una de las partes (75% por Distrior y 25% por Schweppes), ni el porcentaje sobre la media del margen bruto (25%) a cuyo pago condena a Schweppes a pagar en concepto de compensación por clientela.

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

11. Desestimación del motivo tercero. Al margen de que se comparta o no el razonamiento, no puede negarse que la Audiencia haya motivado por qué entiende, mediante una apreciación estimativa, que la distribuidora contribuyó a generar el 75% de los clientes a que distribuía productos Schweppes, siendo el otro 25% de la clientela generado los agentes comerciales de esta fabricante; y por qué opta por un porcentaje del 25% sobre la media de margen bruto para calcular la compensación por clientela. Como hemos declarado en otras ocasiones, «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla» (Sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 95/2014, de 13 de marzo). La sentencia justifica las razones por las que acude a un cálculo estimativo y los parámetros empleados, lo que resulta suficiente para cumplir con la exigencia de motivación.

Recurso de casación

12. Formulación de los motivos primero y segundo. El motivo primero se basa en la infracción de lo dispuesto en los arts. 1281.2 y 1282 CC, y de la jurisprudencia sobre interpretación de los contratos. En el desarrollo del motivo se razona que a la vista de la Estipulación 7ª del contrato de 2 de enero de 1986 y del anexo de 2005, se denominara como se denominara el contrato, la verdadera voluntad de las partes era que Schweppes cargara la clientela y pasara los pedidos a Distrior, que se limitaba al reparto y a la gestión de la facturación.

El motivo segundo denuncia la infracción del art. 1285 CC y la jurisprudencia sobre interpretación de los contratos. En el desarrollo del motivo, se afirma que el tribunal de instancia yerra cuando atiende a la literalidad de aquellas cláusulas que hablan de distribución-venta, y a partir de allí construye toda su sentencia y presume la creación de clientela por parte del distribuidor. Y añade que el hecho de que en determinadas cláusulas se defina como contrato de distribución-venta no puede llevar a la conclusión, como hace de forma automática la sentencia recurrida, de que Distrior generaba clientela.

13. Desestimación de los motivos primero y segundo. Como hemos hecho en otras ocasiones, debemos partir de dos consideraciones previas. La primera se refiere al alcance de la revisión en casación de la interpretación realizada en la instancia: la interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, y la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario (Sentencias 524/2013, de 23 de julio, y 252/2014, de 14 de mayo).

La segunda versa sobre el sentido de las reglas legales de interpretación de los contratos, de conformidad con la finalidad de la interpretación, tal y como se viene entendiendo por la jurisprudencia (Sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 27/2015, de 29 de enero).

El principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación.

No obstante, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato.

Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC ("si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas").

Pero, en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1282 - 1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

14. La sentencia recurrida no conculca las reglas legales sobre interpretación de los contratos, tal y como han sido expuestas, pues no ha desatendido a la finalidad de averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. En el fundamento jurídico 4 de esta sentencia hemos transcrito el análisis que la Audiencia realiza del contrato de 2 de enero de 1986, y de su simple lectura se advierte como, bajo la guía de la búsqueda de la voluntad de las partes, lleva a cabo una interpretación sistemática de las cláusulas más relevantes. Y, además, para corroborar la conclusión acerca de cual fue la voluntad de las partes sobre el contenido de la labor de distribución encomendada a Distrior, tiene en cuenta los actos posteriores. En realidad, el recurrente pretende revisar la interpretación del contrato, para sustituir la realizada por el tribunal de instancia por la suya, sin que como tribunal de casación podamos acceder a esta pretensión, por exceder de nuestra función, tal y como hemos expuesto al principio del fundamento jurídico 13.

15. Formulación del motivo tercero. El motivo se funda en la infracción del art. 28 LCA y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con la acreditación de la captación e

incremento de la clientela, y su aprovechamiento posterior por el fabricante.

En el desarrollo del motivo se razona que la jurisprudencia resulta unánime al exigir que la aplicación analógica del art. 28 LCA al contrato de distribución exige que el distribuidor acredite la captación o incremento de la clientela por su parte y que la actividad comercial del distribuidor pueda seguir ocasionando ventajas al fabricante. Y cita en apoyo de esta afirmación las sentencias de esta Sala de 30 de noviembre de 2004, 20 de julio de 2007 y 10 de enero de 2011.

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

16. Desestimación del motivo tercero. La jurisprudencia de esta Sala se halla contenida en la sentencia de Pleno 1392/2007, de 15 de enero de 2008: «en los casos de extinción de un contrato de concesión o distribución, la compensación por clientela y la aplicación analógica de la idea inspiradora del art. 28 LCA no pueden obedecer a criterios miméticos o de automatismo. Lejos de ello, como la jurisprudencia viene reiterando sin fisuras, el demandante que pretenda aquella compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, del mismo modo que corresponderá a los tribunales ponderar todas las circunstancias del caso, como en especial sería la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente». En sentencias posteriores nos hemos hecho eco de esta doctrina, sin perjuicio de su aplicación al caso concreto (Sentencias 239/2010, de 30 de abril; 457/2010, de 12 de julio; y 149/2011, de 3 de marzo).

En realidad, como afirmamos en la Sentencia 569/2013, de 8 de octubre, «lo que puede justificar la compensación no es la discutida semejanza entre el contrato de agencia y el de distribución, cuyas diferencias han sido expuestas por esta Sala en otras ocasiones (Sentencias 897/2008, de 15 de octubre; y 88/2010, de 10 de marzo), sino que el propio contrato obligue a considerar como "activo común" la clientela creada o acrecentada gracias al esfuerzo del distribuidor y no exista previsión contractual sobre su liquidación».

En cualquier caso, y este es realmente el punto controvertido en este motivo de casación, en esta jurisprudencia se afirma que el demandante que pretenda esta indemnización por clientela debe probar la efectiva

aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente (Sentencias 652/2008, de

9 de julio; 904/2008, de 15 de octubre; 28/2009, de 21 de enero; y 560/2012, de 2 de octubre).

Esta última exigencia responde a la idea de que, como se ha afirmado en otras ocasiones, no cabe presumir que la relación de distribución haya tenido que generar por sí una aportación de clientela a favor del comitente y que, con la resolución del contrato, esta clientela vaya a seguir siendo aprovechada por dicho comitente. De ahí que se imponga la acreditación de estos dos presupuestos fácticos necesarios para que pueda surgir el derecho del distribuir a una indemnización por clientela. Pero esta exigencia no es incompatible con que en un caso concreto, a tenor de las circunstancias de la relación de distribución que mediaba entre las partes, el tribunal de instancia, después de apreciar probado que en la lista de clientes a los cuales distribuía la demandante había algunos que habían sido captados por ella y otros por los agentes de la comitente, haya acudido a un cálculo estimativo de unos y otros. El tribunal también declaró acreditado que los clientes que habían sido captados por Distrior, cesada la relación de distribución, iban a seguir siendo clientes de Schweppes.

Si partimos de esta base fáctica y de la previa consideración, no puede prosperar el motivo».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2172/2013] DE 18 DE JUNIO DE 2015 [Ponente: Francisco Marín Castán]

Derecho cambiario.- No es posible oponer al banco descontante la excepción del artículo 67 de la Ley Cambiaria, en relación con el artículo 20, en base al incumplimiento por parte del promotor-librador de sus obligaciones derivadas de la Ley 57/1968, de pagos anticipados en la compraventa de viviendas.

«PRIMERO.- De nuevo se discute en casación si frente a la reclamación del importe de una letra de cambio, aceptada y entregada al promotor en concepto de pago de parte del precio aplazado de una vivienda sujeta a la Ley 57/1968, puede el deudor cambiario (comprador) oponer válidamente al banco descontante, como excepción personal, la previa resolución del contrato que sirvió de causa a la emisión de dicho título por incumplimiento imputable a la vendedora.

Del análisis de los antecedentes cabe destacar lo siguiente:

1. La letra de cambio cuyo importe (23.326 euros) es objeto de reclamación en este pleito se emitió con vencimiento en 28 de julio de 2008 para pagar parte del precio de una vivienda que debía construir la entidad libradora, "Fadesa Inmobiliaria, S.A.", la cual había sido comprada por la mercantil aquí demandada, "CIG Gestió Esportiva, S.L.". El documento se libró a la orden del Banco Popular Español, S.A., que la descontó.

Ante el incumplimiento de la promotora, la compradora resolvió el contrato, pero no pudo rescatar la letra, en poder del banco descontante.

2. Dicha letra no fue pagada a su vencimiento y el banco reclamó su importe, primero en proceso monitorio y después en el juicio declarativo ordinario origen de este recurso.

3. La entidad compradora, aceptante de la letra, se opuso a la demanda alegando, en síntesis y en lo que ahora interesa, la misma excepción que tenía contra la promotora libradora, incumplimiento del contrato de compraventa resuelto.

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al apreciar dicha excepción con base en el carácter imperativo de las normas contenidas en la Ley 57/1968.

5. La sentencia de segunda instancia estimó el recurso del banco demandante e hizo lo propio con la demanda. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: a) Conforme al art. 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque (en adelante LCyCh), el deudor cambiario solo puede oponer frente al tenedor actual de la letra (aquí el banco que la descontó) las excepciones que tuviera frente a tenedores anteriores si el tenedor actual, al adquirirla, procedió a sabiendas en perjuicio del deudor, siendo esto así tanto si se reclama su importe en juicio cambiario como si se reclama en juicio declarativo ordinario; b) en este caso no existe prueba ni de que el banco conociera que la causa del libramiento de la letra se encontraba en la venta de una vivienda sujeta a la Ley 57/1968 (porque la aceptante era una sociedad y no un particular) ni de que dicho contrato resultara incumplido, tratándose en todo caso de un incumplimiento sin duda posterior a su libramiento; c) por consiguiente, no son oponibles al banco las vicisitudes del contrato entre "Fadesa" y la aceptante; d) el art. 67 LCyCh también es aplicable en casos como el presente de compraventas sujetas a la Ley 57/1968, pese a que sobre la misma controversia exista doctrina contradictoria, debiéndose entender que lo único que impone la normativa especial es que el pago de los efectos cambiarios se haga en la cuenta especial a que se refiere la Ley 57/1968, descansando todo

el mecanismo de protección del adquirente en la constitución del seguro o aval por una entidad solvente; e) dicho mecanismo de protección se respetó en este caso, dato que impide considerar que el aceptante estuviera desprotegido, puesto que la fianza fue prestada por la entidad "Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona", desconociéndose la razón por la que no se exigió su abono habida cuenta que el importe de la letra se encontraba comprendido en el importe de dicha garantía y que su vencimiento era muy posterior al propio vencimiento del título cambiario.

6. Contra esta última sentencia recurre en casación el comprador demandante, al amparo del artículo 477.2º 3º LEC, por existencia de interés casacional en la modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en torno a la referida cuestión jurídica.

SEGUNDO.- En el único motivo del recurso, fundado en infracción del art. 2.1 de la Ley 57/1968 y del apartado b) de la disposición adicional primera de la Ley 38/1999 (Ley de Ordenación de la Edificación, en adelante LOE), se pone de manifiesto la existencia de una respuesta judicial contradictoria acerca de la posibilidad de que el comprador-aceptante de una letra librada para el pago de parte del precio de una compraventa de vivienda sujeta a la referida normativa especial pueda o no oponer válidamente frente al tenedor legítimo la misma excepción personal basada en el incumplimiento contractual que sí podría oponer frente a la entidad promotora-vendedora incumplidora que la emitió. Se alega, en síntesis, que la Ley 57/1968 es una norma de derecho necesario que reconoce derechos irrenunciables imponiendo una protección máxima del comprador en todas sus relaciones, tanto con el promotor-vendedor como con quienes intervienen como garantes, bancos o compañías aseguradoras. Para la recurrente, esta protección supone que el "Banco Popular", al que define como cesionario del crédito incorporado a la letra de cambio reclamada y aceptada por el comprador, también se encuentra sujeto a las exigencias que la citada normativa especial impone al promotor para poder recibir entregas de dinero a cuenta del precio (afectas a la construcción), sin que pueda aceptarse la conclusión a que llegó la sentencia recurrida de que, al no conocer el negocio causal que estaba detrás de su libramiento, tenía legitimación para reclamar su pago al comprador aceptante. En suma, se sostiene que la ley especial prohíbe que las cantidades anticipadas, independientemente de la forma de pago, puedan destinarse a fines distintos de la construcción de la vivienda objeto de compraventa, y se afirma que el banco cesionario de la letra no adquirió un derecho de crédito autónomo respecto del que tenía la promotora cedente, sino el mismo

derecho, directamente relacionado con el negocio causal (compraventa) y con sus vicisitudes, por lo que no es correcto ampararse en la abstracción del título valor para impedir al deudor oponer al banco las excepciones derivadas del incumplimiento del negocio subyacente.

En apoyo del criterio seguido por la sentencia recurrida se citan y extractan las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 12 de abril de 2012, y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª (sin expresión de fecha), mientras que en apoyo del criterio contrario se citan las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, de 1 de marzo de 2001, Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 22 de octubre de 2009, y Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, de 10 de mayo de 2011.

Termina solicitando a la Sala que unifique doctrina fijando una interpretación en el sentido que se defiende como acertado: que las cantidades entregadas a cuenta por el comprador, independientemente de la forma de pago, no pueden usarse ni por el promotor ni por el banco cesionario por estar afectas a la construcción, siendo nulo el descuento de letras de cambio libradas con ese fin por vulnerar una norma imperativa.

En su escrito de oposición, el banco demandante ha alegado, en síntesis, que no concurre el preceptivo interés casacional, dado que los hechos probados en la instancia demuestran que el banco descontante fue ajeno a la relación causal, razón por la que no se le pueden oponer las mismas excepciones personales o extracambiarias que pudiera oponer el comprador a la entidad promotora (también se descarta la exceptio doli), existiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo que resuelve esta misma controversia objeto de debate, así como que el banco demandante estaba legitimado para reclamar el pago de la letra a su vencimiento al tener la condición de tenedor legítimo de la misma, válidamente emitida y aceptada, cuyo importe no había sido satisfecho y cuyo crédito adquirió por endoso, mediante descuento, dentro de una remesa de efectos descontados de "Fadesa" cuyo importe fue abonado a la promotora.

TERCERO.- Esta Sala ha tenido ocasión recientemente de fijar doctrina sobre la misma controversia en STS de Pleno de fecha 25 de noviembre de 2014, rec. nº 1176/2013, dictada en un asunto en el que también fue libradora de las letras descontadas la promotora "Fadesa Inmobiliaria, S.A." y descontante el "Banco Popular". Entonces, como en el presente caso, la sentencia de apelación confirmada por esta Sala revocó la de primera instancia y estimó la demanda al

considerar que el comprador, aceptante de la letra, no podía oponer a la entidad bancaria demandante las vicisitudes de la relación contractual que dio lugar a su emisión. Planteada, en suma, la incompatibilidad de las exigencias de la Ley 57/1968 con la abstracción propia del régimen de los efectos cambiarios librados para el pago de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción cuando el tenedor de la letra es ajeno a la relación causal, y la existencia de contradicción entre resoluciones de distintas Audiencias Provinciales, la jurisprudencia que fijó el Pleno (de la que debe partirse en este caso) se puede sintetizar así:

1. Siguiendo el criterio seguido por esta Sala en casos idénticos o similares (sentencias de 24 de abril de 2014, recursos nº 177/2013, 2830/2012, 2946/2012 y 2209/2012), no cabe que el demandado- aceptante de las letras de cambio pueda oponer al banco descontante la excepción del artículo 67 de la LCyCh, en relación con su artículo 20, alegando el incumplimiento por parte del promotor-librador de sus obligaciones derivadas de la Ley 57/1968.

2. Para que el demandado-aceptante de las letras de cambio pueda oponer al banco descontante la excepción del artículo 67, párrafo primero, de la LCyCh, en relación con su artículo 20, es necesario poder demostrar la exceptio doli, es decir, que el banco hubiera intervenido en el contrato subyacente «aunque sea de modo encubierto o en connivencia con las partes o confabulando con el librador o como testaferro; pero de no darse los supuestos a que se ha hecho mención, la letra funciona como título causal en las relaciones entre librador y tomador, entre endosante y endosatario y entre librador y librado, y como título abstracto en las demás (STS nº 1201/2006, de 1 de diciembre. En parecido sentido SSTS 1119/2003, de 20 de noviembre; 366/206, de 17 de abril; 1201/2006, de 1 de septiembre; 130/2010, de 28 de marzo, entre otras muchas)».

3. Las obligaciones que prevé la Ley 57/1968 se imponen a «las personas físicas y jurídicas que promueven la construcción de viviendas destinadas a domicilio o residencia familiar» y se refiere a las «entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma». Pero en ningún caso son obligaciones que se impongan al banco descontante. En este sentido, se recuerda que el objeto de garantía respecto de viviendas en construcción sujetas a la Ley 57/1968 fue ampliado a raíz de la modificación introducida por la disposición adicional primera de la LOE, comprendiéndose a partir de entonces no solo las entregas de dinero sino también los pagos anticipados mediante cualquier efecto cambiario. En consecuencia, la garantía de recuperación de las cantidades anticipadas debe extenderse ahora también a cualquier otro importe que figure en

efectos cambiarios, puesto que de lo contrario no se daría el objetivo perseguido en el párrafo primero de la referida disposición adicional primera de la LOE, de modo que el comprador se encuentra facultado para reclamar de su avalista o asegurador -con cargo al aval o al seguro previsto en la Ley 57/1968- también los importes representados en las letras de cambio, siendo nulo de pleno derecho cualquier acuerdo que limite ese derecho irrenunciable (conforme a lo dispuesto en el artículo 7 Ley 57/1968, se trata de preceptos de ius cogens, de derecho necesario).

4. Mientras el legislador no establezca para los efectos cambiarios librados para el pago de cantidades anticipadas en la compra de viviendas una previsión similar a la contenida en el artículo 11 de la derogada Ley de Crédito al Consumo de 1995 o en el artículo 24 de la vigente Ley 26/2011, permitiendo al obligado cambiario oponer frente al tenedor del efecto cambiario las excepciones causales que tuviera frente al vendedor de la vivienda, no puede aceptarse la tesis del recurrente.

Al resultar la sentencia recurrida conforme con dicha doctrina, el motivo debe ser desestimado. Es un hecho probado que la letra se emitió válidamente, que se endosó también válidamente y que fue descontada por el banco demandante y reclamada al aceptante tras su vencimiento, sin que el comprador demandado, que pretendió y pretende oponer al tenedor del título el incumplimiento resolutorio de la promotora, demostrara la exceptio doli, ni se haya demostrado su desprotección al constituir también un hecho probado que existía un aval prestado por la entidad "Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona", con vencimiento muy posterior al propio vencimiento del título cambiario, que comprendía en la garantía el importe de la letra descontada, cuyo abono no se ha exigido a la entidad avalista».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1429/2013] DE 18 DE JUNIO DE 2015 [Ponente: Francisco Marín Castán]

Obligaciones y contratos.- No procede la moderación judicial de la cláusula penal, aunque se cumpla parcialmente el contrato, si se produce el evento para el que la cláusula se diseñó.

«PRIMERO.- Como en el recurso nº 406/2013 resuelto por la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2014, también aquí se formulan dos recursos -extraordinario por infracción procesal y de casación- para impugnar el pronunciamiento de la sentencia de apelación que, tras considerarla no abusiva, acordó moderar la cláusula penal incorporada a dos contratos de compraventa celebrados entre la parte ahora

recurrente, Polaris (vendedora), y los demandantes (compradores) por la que se acordaba retener las cantidades entregadas por estos a cuenta del precio en caso de incumplimiento de su obligación de pagar el resto del precio de la compraventa.

También en este caso el pleito del que dimanaban ambos recursos tiene su base fáctica en una compraventa de inmuebles ubicados en el término municipal de Torre Pacheco (Murcia) y pertenecientes al proyecto residencial denominado "DIRECCION000". En concreto, el 16 de agosto de 2007 se celebraron dos contratos de compraventa entre los demandantes y la promotora-vendedora, entonces "Alhama Golf & Resort" (entidad absorbida por Polaris), que tuvieron por objeto las viviendas NUM000 y NUM001 del bloque NUM002 NUM003 de dicho complejo residencial. La cláusula en cuestión, idéntica a otras examinadas por esta Sala también incluidas en contratos predispuestos por Polaris para su promoción inmobiliaria (SSTS de 21 de febrero de 2014, rec. nº 406/2013, 15 de abril de 2014, rec. nº 2274/2012, y 21 de abril de 2014, rec. nº 1228/2012, estas dos últimas de Pleno), decía lo siguiente:

«4. Resolución.

El incumplimiento por el Comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la Escritura Pública cuando así sea requerido por la Vendedora, o de su deber de satisfacer cualquier pago bajo el presente Contrato, y en general de las obligaciones consignadas en el mismo, dará derecho a la Vendedora a resolver el presente Contrato, con derecho a percibir una pena convencional igual a las cantidades hasta entonces satisfechas por el Comprador, para lo cual la Vendedora podrá retener el Primer Pago y, en su caso, el Segundo Pago y ello en concepto de pena civil que expresamente las Partes pactan, y que engloba igualmente la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la Vendedora».

Del análisis de los antecedentes cabe destacar que los demandantes instaron la resolución de los contratos suscritos por diversos incumplimientos imputables a la vendedora, pidiendo la devolución de las cantidades entregadas a cuenta (132.340,16 euros); que la vendedora se opuso a dichas pretensiones alegando su propio cumplimiento, el incumplimiento en cambio de los compradores, la conformidad a Derecho de su decisión resolutoria (comunicada a los compradores el 17 de noviembre de 2009 mediante conducto notarial -página 6 de la contestación-) y su derecho a retener las cantidades recibidas en virtud de la penalización pactada; que la sentencia de primera instancia dijo estimar la demanda pero

para declarar resueltos los contratos por no haber atendido los compradores los requerimientos de la vendedora para escriturar, reconociendo consecuentemente el derecho contractual de la parte vendedora a retener las cantidades percibidas; y en fin, que interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, el tribunal de segunda instancia lo estimó para revocar la sentencia apelada en el único extremo de moderar la penalización, siguiendo en este extremo el criterio ya fijado por ese mismo tribunal (en sentencia de 22 de septiembre de 2011) sobre que la cláusula no podía considerarse abusiva pero sí podía ser moderada en virtud del art. 1154 CC dado que la vendedora conservaba la propiedad del bien y que se había cumplido parcialmente el contrato (valorando como no esenciales los incumplimientos de la vendedora). En su virtud, ordenó la restitución de la suma de 66.170,08 euros, equivalente al 50% de las cantidades entregadas.

Contra esta última sentencia recurrió la entidad vendedora demandada y apelada tanto en casación como por infracción procesal, amparándose en la existencia de interés casacional en la modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de esta Sala, impugnando principalmente, como se ha dicho, la decisión de moderar la cláusula penal incorporada al contrato de compraventa, pero el recurso por infracción procesal ha sido inadmitido por esta Sala y, del recurso de casación, sólo se han admitido los tres primeros motivos.

SEGUNDO.- Los tres citados motivos de casación se analizan conjuntamente pues todos ellos, de una forma o de otra, tienen que ver con la posibilidad de los tribunales de moderar una cláusula penal en caso de incumplimiento de una de las partes, citándose como infringidos los arts. 1154 y 1255 CC. En concreto, el motivo primero se funda en infracción, por inaplicación, de la doctrina de esta Sala que excluye la facultad moderadora en aquellos casos en los que se cumpla exactamente el supuesto de hecho recogido en la cláusula penal, citándose como infringidos los arts. 1154 CC, por indebida aplicación, y 1255 CC, por inaplicación, junto con distintas sentencias de esta Sala (entre otras, SSTS de 5 de diciembre de 2003, 26 de mayo de 2009 y 2 de octubre de 2010); el motivo segundo se funda en infracción de la doctrina de esta Sala (SSTS de 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000 y 22 de abril de 2004) que configura el contrato de compraventa como un contrato de tracto único aunque se pacte en forma aplazada el pago del precio, lo que impide la existencia del incumplimiento parcial necesario para que pueda operar la moderación de la cláusula penal prevista en el artículo 1154 CC; y el motivo tercero se funda en infracción del art. 1154 CC y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla (SSTS de 16 de

octubre de 2008 , 15 de febrero de 2012 y 12 de marzo de 2012), en virtud de la cual el único parámetro válido para determinar si una cláusula penal puede ser moderada es el posible cumplimiento parcial del deudor, lo que impide que se acuerde la moderación de una cláusula penal en atención a criterios distintos.

La justificación de la sentencia recurrida para considerar procedente la moderación consistió, únicamente, en que el cumplimiento parcial del contrato (y los incumplimientos no esenciales de la vendedora) permitía el ejercicio de la facultad contemplada en el art. 1154 CC, remitiéndose a otras resoluciones precedentes del mismo tribunal.

Pues bien, atendiendo a su semejanza sustancial, debe estarse a lo dicho por esta Sala en STS de 21 de febrero de 2014, rec. nº 406/2013: «La STS 30 de abril de 2013 contiene una síntesis de la jurisprudencia en la aplicación del artículo 1154 del Código Civil que tiene que ver con la moderación judicial de la cláusula penal. El artículo 1154, se dice, dispone que el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. La sentencia 1363/2007, de 4 de enero, resumió la jurisprudencia sobre el sentido de la norma, señalando que encierra un mandato expreso que el Juez ha de cumplir, aunque no hubiera sido instado a ello por ninguna de las partes - al respecto, sentencias 20 de mayo de 1986, 27 de noviembre de 1987, 25 de marzo de 1988 , 20 de octubre de 1988, 3 de octubre de 1989, 10 de mayo de 1989, 19 de febrero de 1990, 1 de octubre de 1990, 73/1993, de 8 de febrero, 511/1994, de 31 de mayo, 1083/1996, de 12 de diciembre, 195/2001, de 28 de febrero, 488/2001, de 10 de mayo, 79/2002, de 7 de febrero, 314/2055, de 27 de abril, entre otras muchas -.

También señaló la referida sentencia que dicho mandato quedaba condicionado a la concurrencia del supuesto previsto en el precepto, esto es, a que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor -sobre ello, la sentencia 683/2007, de 20 de junio-.

En los demás casos la jurisprudencia -sentencias 585/2006, de 14 de junio, 170/2010, de 31 de marzo, 470/2010, de 2 de julio, entre otras-, respetando la potencialidad normativa creadora de los contratantes -artículo 1255 del Código Civil- y el efecto vinculante de la "lex privata" -artículo 1091 del Código Civil: "pacta sunt servanda" -, rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido la prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento -total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación- que se hubiera producido.

La sentencia 585/2006, de 14 de junio, recordó que es doctrina constante de esta Sala que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil si se produce exactamente la infracción prevista; o por decirlo con otras palabras, que la moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del repetido artículo no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente una pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido -sobre ello, las sentencias 962/2008, de 15 de octubre, 211/2009, de 26 de marzo, 384/2009, de 1 de junio y 170/2010, de 31 de marzo, entre otras-.

Pues bien, la sentencia de apelación no aplica correctamente esta doctrina. La cláusula penal se insertó en el contrato de compraventa en virtud de la autonomía de la voluntad que informa el derecho de la contratación, conforme al artículo 1255 del CC, con una doble función punitiva y liquidatoria, según autoriza el artículo 1152, para garantizar el cumplimiento de la obligación principal que no era otra que la de poner en vigor aquel y eximir a la parte favorecida por ella de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios sufridos.

Y su aplicación resulta en contra de quienes, como los compradores, desistieron de forma unilateral y sin justa causa de los contratos de compraventa suscritos negándose a otorgar las escrituras públicas de compraventa y abonar el resto del precio pendiente, que eran precisamente los supuestos de hecho que habilitaban la cláusula penal, con lo que tales obligaciones fueron incumplidas totalmente».

Esta doctrina ha sido recogida también en SSTs de Pleno de 15 de abril de 2014, rec. nº 2274/2012, y 21 de abril de 2014, rec. nº 1228/2012.

Como en el caso analizado por la sentencia antes transcrita, en el presente caso la sentencia impugnada no reparó en que la cláusula penal se había pactado libremente por las partes, con una doble función punitiva y liquidadora de los daños y perjuicios que se ocasionaran al vendedor, y precisamente para el supuesto de que la causa de los mismos estuviera en que los compradores desistieran unilateral e injustificadamente de sus obligaciones contractuales esenciales, -esto es, escriturar y pagar en ese momento el precio restante-, actuación de los compradores constitutiva de un incumplimiento que cabía subsumir en el

supuesto de hecho para el que se previó la cuestionada penalización, la cual, en atención a lo expuesto, debía aplicarse en toda su extensión sin que hubiera lugar a su moderación. Por tanto, no cabía la moderación acordada por la sentencia recurrida una vez que desestimó el recurso de apelación de los demandantes en su pretensión principal de que se declarase el incumplimiento de la promotora-vendedora. Lo cierto es que, acordada por la sentencia de primera instancia la resolución de los contratos de compraventa por incumplimiento de los propios compradores demandantes y no de la promotora-vendedora, confirmado tal pronunciamiento por la sentencia de segunda instancia y no impugnado para ante esta Sala por los propios compradores, la única solución procedente es dejar sin efecto la moderación acordada por la sentencia recurrida».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 25ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID [Recurso 738/2014] DE 19 DE MAYO DE 2015 [Ponente: Francisco Moya Hurtado]

Consumidores y usuarios: servicios de intermediación financiera.- Las empresas que trabajan en exclusiva para una o varias entidades de crédito u otras empresas no podrán percibir retribución alguna de los clientes.

«El demandante ejerció acción para el pago de las retribuciones pactadas por la prestación de sus servicios como asesor de inversión que permitieron a la demandada obtener dos préstamos garantizados mediante hipoteca, reclamación que el demandante extendió también a los servicios prestados para formalizar una tercera operación de préstamo hipotecario que finalmente no se llevó a cabo por desistir la demandada, pretensión que fue estimada íntegramente por la resolución recurrida, pronunciamiento del que discrepa la demandada por nulidad contractual y error en la valoración de la prueba.

En el escrito de oposición al recurso de apelación, el demandante cuestionó la admisibilidad del recurso con cita del art. 458.2 LEC, por no impugnar, se afirma, los hechos, los fundamentos jurídicos y el fallo de la Sentencia, afirmación sin desarrollo argumental y que está en contradicción con la oposición planteada frente a las pretensiones explicitadas en el recurso, escrito en el que de forma inequívoca se concreta y detallada los motivos de discrepancia con las razones jurídicas que justificaron la

estimación de la demanda, razón que excluye la inadmisión planteada.

SEGUNDO

La prestación de servicios profesionales que da contenido a la pretensión del demandante se encuentra regulada en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

El art. 1 de la Ley establece el ámbito de aplicación, en el cual incluye, por lo que aquí interesa, la prestación de servicios de intermediación que son los que en definitiva dan sustento a la pretensión del demandante, respecto de los cuales establece el artículo "Artículo 1. Ámbito de aplicación.

1. Lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en:.....b) La intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción", atribuyendo la consideración de consumidor a "las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional".

El art. 19. 2 concreta la forma de actuación de los intermediarios al exigir la indicación de si lo hacen "...en exclusiva con una entidad de crédito o empresa o vinculadas con varias entidades de crédito u otras empresas, o como intermediarios independientes.

Son intermediarios de préstamos o créditos independientes las empresas que, sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades de crédito o empresas que comercialicen créditos o préstamos, ofrezcan asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden su intervención para la obtención de un crédito o préstamo. Se presume, en todo caso, que ha existido asesoramiento independiente, profesional e imparcial cuando se presenten las tres ofertas vinculantes previstas en el artículo 22.4".

La prueba documental aportada por la parte demandante pone de manifiesto la contratación de sus servicios como intermediario financiero ante "entidades financieras,

bancarias, particulares, etc.....", folios 14 y 19, previsión que no permite presumir la actuación del demandante como intermediario independiente por no aportar las tres ofertas vinculantes previstas en el art. 22.4, que entre las obligaciones adicionales en la actividad de intermediación incluye "Las empresas independientes estarán obligadas a seleccionar entre los productos que se ofrecen en el mercado los que mejor se adapten a las características que el consumidor les haya manifestado, presentándoles, al menos, tres ofertas vinculantes de entidades de crédito u otras empresas sobre cuyas condiciones jurídicas y económicas asesorará al consumidor".

Excluida la presunción de actuación del demandante como intermediario independiente por la ausencia expresada, es lo cierto que en las dos escrituras de préstamo finalmente suscritas por la demandada, constando en la primera de ellas la finalidad del préstamo para atender "necesidades personales y familiares", folio 22, indicación que permite atribuir a la demandada la condición de consumidor en la contratación realizada, quien aparece como prestamista es el propio demandante y una sociedad de la cual también es administrador único, siendo también el demandante prestamista en la escritura que finalmente no se firmó por desistir la demandada (folios 21, 35 y 60), previsión subjetiva que permite establecer un vínculo personal y directo entre el intermediario y quien actúa como prestamista en las escrituras de préstamo aportadas.

La vinculación expresada hace de aplicación la previsión establecida en la Ley, art. 24.1, al establecer que "Las empresas que trabajen en exclusiva para una o varias entidades de crédito u otras empresas no podrán percibir retribución alguna de los clientes".

Conforme a lo expuesto los servicios de intermediación cuyo pago pretende la parte demandante son incompatibles con previsión normativa que expresamente lo prohíbe, en el contexto de protección de los consumidores expresado en la Exposición de Motivos de la norma, previsión normativa a la cual la Ley atribuye carácter imperativo al establecer el art. 2 que "Los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación son irrenunciables, siendo nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil".

Las razones expuestas permiten apreciar causa de nulidad en el contrato que da sustento a la pretensión del demandante, art. 6.3 CC, razones que llevan a estimar el

recurso de apelación interpuesto y a desestimar la demanda presentada».

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 28ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID [Recurso 389/2013] DE 22 DE MAYO DE 2015 [Ponente: Alberto Arribas Hernández]

Derecho concursal: concurso de acreedores.- Acciones de reintegración: rescisoria concursal.- Rescisión de un pago debido derivado de un contrato de compraventa concluido más de dos años antes de la declaración de concurso y dentro del curso ordinario de actividad de la concursada.

«La administración concursal de la entidad "BALCLAN S.L." formuló demanda incidental contra la concursada, doña Florinda y don Jose Luis en la que interesaba la ineficacia y reintegración del pago de 480.809,68 euros efectuado por la concursada, poco antes de presentar la solicitud de concurso y en estado de insolvencia actual, a doña Florinda y don Jose Luis, como parte del precio de la venta de un solar sito en la CALLE000 nº NUM000 de Madrid. Además, al apreciar mala fe en los compradores, pedía que su crédito fuera declarado como subordinado y se les condenara a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la concursada.

La sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda al entender que el pago podía rescindir con independencia del negocio del que nace la obligación de pago –la compraventa-, siendo el pago un acto perjudicial para la masa activa al haberse efectuado, en que se reconocía el estado de insolvencia actual de la concursada. Admite que se trata de un acto ordinario pero rechaza que lo fuera en condiciones normales y, por último, en cuanto a los efectos, considera que de la rescisión no surge realmente ninguna prestación a favor de los vendedores sino que revive su primitivo crédito, por lo que ni es susceptible de subordinación ni puede tener la consideración de crédito contra la masa.

Frente a la sentencia se alzan los codemandados doña Florinda y don Jose Luis, que insisten en esta instancia en que: a) no es posible rescindir un pago que constituye la prestación de una de las partes en un contrato sinalagmático; b) el pago es un acto ordinario realizado en condiciones normales; c) no es perjudicial para la masa activa; d) subsidiariamente, de rescindir el pago debería considerarse el crédito de los apelantes como crédito contra la masa al no apreciarse mala fe en su conducta.

La administración concursal se opone al recurso de apelación e interesa la confirmación de la sentencia apelada, sin recurrir ni impugnar los pronunciamientos que le resultaban perjudiciales que, en consecuencia, han quedado consentidos.

SEGUNDO

Para la adecuada resolución del recurso de apelación resulta necesario tomar en consideración los siguientes antecedentes fácticos cuya realidad no es discutida por las partes:

1.- Mediante escritura pública otorgada el día 12 de mayo de 2003, doña Florinda y don Jose Luis vendieron a la entidad "BALCLAN S.L." un solar sito en la CALLE000 nº NUM000 de Madrid, en el que la compradora iba a desarrollar una promoción inmobiliaria, por el precio de 3.688.291,08 euros, conviniendo su pago en la siguiente forma:

- a) 420.708,47 euros que los vendedores manifestaron tenerlos recibidos de manos de la compradora desde el día 13 de febrero de 2003;
- b) 2.786.772,93 euros que los vendedores confesaron recibirlo de manos de la compradora en el acto del otorgamiento de la escritura; y
- c) 480.809,68 euros que se abonaría por la compradora a los vendedores antes del día 31 de diciembre de 2005.

Los propios apelantes indican que aunque se contempló la posibilidad de que este último plazo se abonase mediante la entrega de la primera planta semisótano destinada a garajes (contratos privados de fecha 13 de febrero y 12 de mayo de 2003), finalmente las partes convinieron el pago de ese último plazo en dinero.

2.- La entidad "BALCLAN S.L." vendió el día 17 de octubre de 2008 a la mercantil "AUTOMÓVILES MOSANCAR, S.A.", cuyo administrador único es el hijo de los vendedores codemandados, la primera planta semisótano destinada a garaje por el precio de 480.890,68 euros.

3.- En esa misma fecha "BALCLAN S.L." abonó a los vendedores la cantidad de 480.890,68 euros

4.- "BALCLAN S.L." solicitó su concurso el día 3 de noviembre de 2008 manifestando estar en situación de insolvencia actual, concurso que fue declarado mediante auto de fecha 19 de mayo de 2009.

TERCERO

El artículo 71.1 de la Ley Concursal (...) permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de su declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

No cabe duda de que entre los actos susceptibles de rescisión están los pagos sin que la norma impida la rescisión de los pagos que pueda efectuar el deudor derivados de obligaciones nacidas de contratos sinalagmáticos, cuestión distinta es que concurran o no los requisitos precisos para apreciar su ineficacia, como se analizará a continuación.

Tampoco es necesario impugnar el contrato pudiendo impugnarse el pago por ser éste el que cause perjuicio para la masa activa, lo que, incluso, puede estar amparado por una presunción iure et de iure de perjuicio, como cuando el pago está aplazado y se abona antes de la declaración de concurso cuando aún no está vencido (artículo 71.2 de la Ley Concursal).

Por lo demás, como indican las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 y 9 de abril de 2014: "... la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado.", de lo que se deduce, primero, que es posible impugnar el pago efectuado en cumplimiento de una obligación y, segundo, que la rescisión del pago no afecta al negocio del que surge dicha obligación.

En el supuesto de autos no se pretende la ineficacia de la compraventa, que no se tacha de perjudicial ni podría ser objeto de la acción rescisoria concursal a la vista de la fecha de su celebración, sino solo el pago, lo que, en principio es posible, otra cosa es que se aprecie o no la existencia de perjuicio o que se pueda calificar como acto ordinario efectuado en condiciones normales y como tal inmune a la rescisión concursal.

No resultan de aplicación las sentencias del Tribunal Supremo invocadas por los apelantes para justificar la no rescindibilidad de los pagos efectuados en cumplimiento de la obligación nacida de un contrato sinalagmático pues al margen de que se dictan con relación a los viejos procesos de quiebra, lo que analizan son los efectos de la nulidad derivada de la retroacción cuando el acto impugnado era un contrato con obligaciones recíprocas, mientras que lo que ahora se está resolviendo es si puede o no rescindirse el pago como acto de disposición unilateral efectuado por la

concurada aun cuando se haga en virtud de una obligación nacida de un contrato sinalagmático, cuando éste no ha sido impugnado.

CUARTO

Los apelantes consideran que el pago no es susceptible de rescisión en aplicación del artículo 71.5.1º de la Ley Concursal (...) al considerar que se trata de un acto ordinario realizado en condiciones normales.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 2013, con cita de la de 28 de octubre de 1986, ésta última a propósito del Derecho Concursal derogado, señala que tales actos ordinarios serían: «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa».

En similar sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014, con cita de la de de 26 de octubre de 2012, recuerda que: "(el) art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.

El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".

El pago de una deuda vencida y exigible derivada de una compraventa en desarrollo de una actividad que forma parte del objeto social de la concursada debe calificarse como actividad ordinaria del deudor, pero el abono de esa deuda efectuado el día 17 de octubre de 2008, pocos días antes de la solicitud de concurso el día 3 de noviembre de 2008 y en estado de insolvencia actual, cuando, además, la deuda había vencido y era exigible desde el 31 de diciembre de 2005, no puede considerarse realizada en condiciones normales.

QUINTO

La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige

su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).

La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial. Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012. Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha".

Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación".

Tratándose de pagos el Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 26 de octubre de 2012, reiterada por la de 24 de julio de 2014 que: «En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se

pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum».

En el supuesto de autos el pago se efectúa el día 17 de octubre de 2008 cuando la concursada estaba en estado de insolvencia actual, como afirma la sentencia apelada y no se cuestiona en apelación, tal y como se deduce de la propia solicitud de concurso, en la que la deudora reconocía estar en estado de insolvencia actual.

El pago efectuado en dicho estado, pocos días antes de solicitar el concurso, resulta perjudicial para la masa activa por carecer de justificación, precisamente, al hacerse en estado de insolvencia y en fechas inmediatamente anteriores a la solicitud de concurso, cobrando un acreedor íntegramente su crédito en detrimento de otros que no han percibido importe alguno del suyo, con vulneración de la par condicio creditorum.

No resulta relevante, a los efectos aquí enjuiciados y, concretamente, para apreciar la existencia de perjuicio, que el crédito de los codemandados estuviera garantizado mediante aval bancario, pues el pago lo hace la concursada.

SEXTO

En cuanto a los efectos de la rescisión el apelante, rechazando la concurrencia de mala fe, pretende que se declare que su crédito tiene la consideración de crédito contra la masa por importe de 480.890,68 euros y que debe abonarse de forma simultánea a la reintegración por su parte de ese mismo importe a la masa activa.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 y 24 de julio de 2014 analizan los efectos de la rescisión cuando el acto de disposición rescindido es un pago y señalan, interpretando el artículo 73 de la Ley Concursal,

que: "si se hubiera rescindido un contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC, tampoco cabe apreciar mala fe en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito".

Los efectos de la rescisión del pago, como acertadamente destaca la sentencia apelada, supone que el acreedor reintegre a la masa el importe recibido con sus intereses y, como consecuencia de ello, que vuelva a ser titular de un crédito concursal por el importe que ostentaba con anterioridad a ese pago (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013, 11 y 12 de marzo de 2013, 2 de julio de 2013, citadas por la de 9 de abril de 2014),

Los razonamientos anteriores determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución apelada».

JUZGADOS

SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE SANTANDER [Autos 59/2015] DE 13 DE MARZO DE 2015 [Magistrado: Iñigo Landín Díaz de Corchera]

Contrato de seguro.- Ante la modificación de un elemento esencial del contrato como es el incremento de la prima, no es de aplicación el plazo legal de dos meses de antelación para avisar de que no se prorroga la póliza.

«PRIMERO: Se ejercita en este procedimiento una acción de reclamación de cantidad derivada de una relación contractual de aseguramiento, que en esencia (art. 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro -en adelante LCS-) obliga a las partes a las prestaciones principales y recíprocas de pagar la prima (el tomador del seguro, aquí el demandado) e indemnizar los daños causados por el evento cuyo riesgo se haya asegurado (la aseguradora, aquí la demandante).

La demandante reclama el pago de la nueva prima alegando que el demandado no le comunicó su voluntad contraria a la prórroga del contrato con la antelación de dos meses que establece el art. 22 LCS, y sostiene que su reclamación no descansa en la novación del primitivo contrato formalizado en su día por las partes (es decir, en un nuevo contrato), sino en la mera prórroga anual de una póliza suscrita entre las mismas ya en el año 2012, en la que se pactó una duración anual prorrogable automáticamente por iguales periodos en tanto las partes no exteriorizaran su voluntad contraria a la prórroga; póliza que efectivamente se ha venido prorrogando anualmente desde entonces hasta la fecha, de conformidad con el demandado, que ha ido atendiendo el pago de cada una de las anualidades salvo la girada en la última anualidad. Y añade que el incremento del importe de la prima se debe a la aplicación del sistema bonus-malus derivada de un siniestro con culpa del demandado, ocurrido durante la anualidad anterior, que efectivamente ha documentado.

De la documentación aportada por las partes se desprende que efectivamente la prima ahora reclamada, 456,77 euros, supone un incremento del 15,55% respecto de la vigente en la anualidad anterior, que era de 395,31 euros, pero la demandante ni ha probado ni alega siquiera haber comunicado al demandado con la debida antelación dicho incremento de la prima. De hecho no consta que lo hiciera hasta la reclamación de cobro de la prima, producida un mes después de la expiración de la anualidad anterior. Si por tanto no le comunicó esa modificación del precio de la póliza con la debida antelación, sino que lo hizo cuando el plazo de dos meses para su prórroga anual estaba sobradamente vencido, es obvio que al demandado le fue imposible conocer la modificación y comunicar su voluntad contraria a la prórroga en ese plazo de dos meses.

Y es que para que resulten aplicables las previsiones establecidas en el art. 22 LCS y sus consecuencias jurídicas es necesario que nos encontremos ante el mismo contrato que, por no variar sus condiciones esenciales, haya que entender prorrogado, salvo que se denuncie dentro del plazo legal, no siendo sin embargo de aplicación dicho precepto cuando, por modificación o alteración de alguno de sus elementos esenciales, no se trate ya de la misma relación inicialmente concertada. Y desde luego, como afirma el demandado, el precio del seguro o importe de la prima no es elemento accidental del contrato de seguro, sino esencial, pues constituye la principal de las obligaciones del asegurado establecida en el art. 14 LCS, por lo que cualquier variación al alza que exceda del coste de la vida ha de someterse al previo consentimiento del asegurado, consentimiento que incluso el art. 5 LCS obliga a efectuar por escrito (SSAP

Burgos 5-11-04, Sevilla 15-2-05 y Vizcaya 9-7-09). Por lo tanto, para que el asegurado venga obligado al pago de la nueva prima, no basta solo con que no haya comunicado al asegurador su voluntad contraria a la prórroga del contrato con la antelación de dos meses que establece el art. 22 LCS, sino que también es esencial que se mantengan las condiciones inicialmente pactadas, y de forma especial el importe de la prima, puesto que en caso contrario no se está prorrogando el contrato, sino que se está modificando alguno de sus elementos esenciales, como es el precio a abonar por el asegurado, modificación que debe ser aceptada de forma expresa por la partes. La fijación del importe de la prima no es un dato meramente accesorio, del que pueda prescindirse gratuitamente, pues afecta a la prestación fundamental que incumbe al asegurado, y como tal aparece recogido en los arts. 8.6 y 14 LCS, en cuanto previenen que el tomador del seguro está obligado al pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza; de donde se deriva, sin necesidad de mayor esfuerzo interpretativo, la obligación recíproca del asegurador de reclamarla en las mismas condiciones (una de las cuales, y quizás la principal, será la relativa a su importe cuantitativo). En conclusión, la novación unilateral de uno de los elementos esenciales del contrato realizada por la aseguradora permite al asegurado desvincularse del mismo, por lo que ante la pretensión de la aseguradora de modificar el contrato incrementado la prima, el asegurado puede no aceptar la subida y desvincularse del contrato, supuesto al que, por tratarse claramente de un contrato novado, no es exigible la oposición expresa y el preaviso de dos meses que establece el art. 22 LCS (SSAP Ciudad Real, sec. 2a, 14-3-13; Pontevedra, sec. 6a, 11-3-13; Madrid, sec. 11 a, 10-1-13, y sec. 12a, 216-12; y Baleares, sec. 4a, 22-11-12, entre otras muchas). Téngase en cuenta que, de prosperar la tesis de la demandante, quedaría a su exclusivo arbitrio la variación de las obligaciones pactadas prescindiendo del consentimiento del otro, lo que es contrario al art. 1.256 del Código Civil.

Pero es que además la demandante tampoco ha acreditado debidamente el motivo que ha justificado para incrementar el importe de la prima respecto de la vigente en la anualidad anterior, pues si bien es cierto que la póliza incluye un sistema de variación de la prima basada en el índice de siniestralidad (sistema bonus-malus), y que según la definición de "siniestro computable" de la póliza (art. 8.1 de las Condiciones Generales) lo sería el que refleja el atestado que ha aportado a la vista (ya que la conductora contraria no asumió íntegramente su responsabilidad) y que corresponde a un siniestro producido en la anualidad anterior, ni en el recibo de la prima ni en ninguna de las sucesivas reclamaciones de pago la demandante comunicó al

asegurado que le estaba aplicando una penalización por siniestralidad, ni mucho menos la cuantificó expresando los cálculos efectuados para incrementar la prima o qué porcentajes o tablas de los recogidos en la póliza había aplicado o en qué nivel de siniestralidad se encontraba el asegurado, todo lo cual supone vulnerar lo dispuesto en el art. 8.3.2º de las Condiciones Generales (según el cual los porcentajes de bonificación o recargo...se aplicarán a la prima correspondiente -y por tanto dicho recargo debería hacerse constar expresa y separadamente en el recibo-) y causa al asegurado una manifiesta indefensión, no siendo admisible que la demandante no haya acudido a la vista con la documentación precisa para justificar adecuadamente todos esos extremos cuando ya antes de su celebración le

constaba que el demandado había mostrado su oposición al pago, con independencia del motivo que hubiera alegado o de que en este caso no hubiera alegado ninguno.

Por ello, la modificación de la prima, como condición contractual, hacía precisa la aceptación o consentimiento del asegurado, que es innegable que en el presente caso no ha prestado, lo que impide la operatividad de la normativa prevenida en el art. 22 LCS y consiguientemente imponer su pago al asegurado. Y tampoco se ha justificado debidamente que esa modificación de la prima fuera consecuencia de determinadas penalizaciones pactadas en el contrato.

Por lo tanto procede desestimar íntegramente la demanda».