

Jurisprudencia

Reseña Jurisprudencial e-Dictum 61

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

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 [Asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15]

Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: restitución de las cantidades abonadas sobre la base de cláusulas contractuales declaradas abusivas.-El hecho de limitar los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva al periodo posterior a esta declaración de nulidad resulta incompatible con la Directiva 93/13.- La declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

«El Sr. Francisco Gutiérrez Naranjo celebró con Cajasur Banco, S.A.U., un contrato de préstamo hipotecario que contenía una cláusula suelo. Basándose tanto en la Directiva 93/13 como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Sr. Gutiérrez Naranjo presentó ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada una demanda con objeto de que dicho Juzgado declarara la nulidad de la referida cláusula suelo y ordenara la restitución de las cantidades indebidamente pagadas con fundamento en la misma. El Juzgado remitente se pregunta si el hecho de limitar los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula contractual, en razón de su carácter abusivo, exclusivamente al período posterior a esta declaración de nulidad resulta compatible con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13.

En consecuencia, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) La interpretación de “no vinculación” que realiza el art. 6.1 de la Directiva 93/13, ¿es compatible en estos supuestos con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula no obstante extiende sus efectos hasta que se declare la misma? Y por tanto que aunque se declare su nulidad se entenderá que los efectos que ha producido durante su vigencia no quedarán invalidados o ineficaces.

2) El cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula (de conformidad a los apartados primeros de los artículos 6 y 7) en una acción individual ejercitada por un consumidor cuando se declare su nulidad: ¿Es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad? ¿Es posible moderar (por los tribunales) la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor —a que esté obligado el profesional— en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia?»

Asunto C-307/15

La Sra. Ana María Palacios Martínez celebró el 28 de julio de 2006 un contrato de préstamo hipotecario con el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (en lo sucesivo, «BBVA»), en el que se incluía una cláusula suelo. El 6 de marzo de 2014, la prestataria presentó una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante solicitando que se declarara la nulidad por abusiva de la mencionada cláusula suelo, así como obtener la devolución de las cantidades indebidamente pagadas a la entidad bancaria. En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil, remitiéndose a la solución adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013, estimó que la acción había quedado sin objeto, si bien entendía procedente la devolución a la demandante de las cantidades que la entidad bancaria pudiera haber percibido en virtud de dicha cláusula suelo a partir de la fecha en que se dictó aquella sentencia. Habiendo de conocer de un recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Alicante alberga dudas acerca de la compatibilidad de la solución adoptada en primera instancia con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. Según la Audiencia Provincial de Alicante, la irretroactividad de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva puede entrar en contradicción tanto con los objetivos de la citada Directiva como con la prohibición de moderar por vía judicial los efectos de una cláusula abusiva. Por otro lado, la Audiencia Provincial duda de que en el asunto que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013 concurrieran los requisitos que el Tribunal de Justicia exige para que puedan limitarse en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva.

En consecuencia, la Audiencia Provincial de Alicante decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es compatible con el principio de no vinculación [de las cláusulas abusivas] reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotraigan a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior?

2) El criterio de buena fe de los círculos interesados que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada [de la nulidad] de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?

3) En caso de respuesta afirmativa, ¿qué presupuestos deben atenderse para determinar la existencia de la buena fe de los círculos interesados?

4) En cualquier caso, ¿es conforme con la buena fe de los círculos interesados la actuación del profesional en la generación del contrato, que ha motivado la falta de transparencia determinante de la abusividad de la cláusula?

5) El riesgo de trastornos graves que opera como fundamento de la limitación de la eficacia retroactiva derivada [de la nulidad] de una cláusula abusiva, ¿es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que deba interpretarse de manera uniforme por el conjunto de los Estados miembros?

6) En caso de respuesta afirmativa, ¿qué criterios deberían ser tomados en consideración?

7) El riesgo de trastornos graves, ¿debe valorarse tomando sólo en consideración el que se pueda producir para el profesional, o también se deben tomar en cuenta el quebranto que se ocasione a los consumidores por la no restitución íntegra de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula suelo?»

Asunto C-308/15

El 1 de junio de 2001, el Sr. Emilio Irlés López y la Sra. Teresa Torres Andreu celebraron con el Banco Popular Español, S.A. (en lo sucesivo, «Banco Popular»), un contrato de préstamo hipotecario que incluía una cláusula suelo. Mediante escrituras de novación de 2 de mayo de 2007 y de 14 de junio de 2007, las partes contratantes acordaron sendos aumentos de la cuantía del crédito. Cada una de las escrituras de novación contenía una cláusula suelo. Al considerar que las circunstancias de su consentimiento a las

cláusulas suelo se habían caracterizado por una falta de transparencia, los prestatarios presentaron ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Alicante una demanda mediante la que solicitaban que se declarara la nulidad de las cláusulas suelo y que se ordenara la devolución de las cantidades indebidamente pagadas con fundamento en las mismas. La demanda fue estimada en primera instancia por el citado Juzgado de lo Mercantil, el cual condenó al Banco Popular a restituir a los prestatarios las cantidades indebidamente pagadas, en aplicación de las cláusulas suelo mencionadas, a partir de la celebración del contrato de préstamo y de las escrituras de novación de éste. El Banco Popular interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante, basándose en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015.

La Audiencia Provincial de Alicante, por un lado, alberga dudas acerca de la compatibilidad de la limitación de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva con el artículo 6 de la Directiva 93/13. Por otro lado, según esta Audiencia Provincial, el hecho de que, en la sentencia de 25 de marzo de 2015, el Tribunal Supremo hiciera extensiva a las acciones individuales la solución que había adoptado en la sentencia de 9 de mayo de 2013 en el contexto de una acción colectiva podría tener como efecto restringir el derecho de los prestatarios, considerados individualmente, a la tutela judicial efectiva, en la medida en que las circunstancias específicas de cada caso concreto no se tomarían en consideración para determinar el punto de partida de la obligación de restitución que incumbe a la entidad bancaria que se haya beneficiado de los efectos de una cláusula abusiva.

En consecuencia, la Audiencia Provincial de Alicante decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, además de las cuestiones prejudiciales que ya había planteado en el marco del asunto C-307/15, una octava cuestión prejudicial, formulada en los términos siguientes:

«8) ¿Es compatible con el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, y con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la extensión automática de la misma limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula “suelo” declarada en el seno de un procedimiento entablado por una asociación de consumidores contra entidades financieras, a las acciones individuales de nulidad de una cláusula “suelo” por abusiva instadas por los clientes-consumidores que contrataron un préstamo hipotecario con entidades financieras distintas?».

Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2015, se acordó la acumulación de los asuntos C-

307/15 y C-308/15 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento y de la sentencia.

Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 14 de agosto de 2015, se denegaron las peticiones de la Audiencia Provincial de Alicante de que los asuntos C-307/15 y C-308/15 se tramitaran por el procedimiento acelerado previsto en el artículo 23 *bis* del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 21 de octubre de 2015, se acordó acumular el asunto C-154/15 a los asuntos C-307/15 y C-308/15 a efectos de la fase oral del procedimiento y de la sentencia.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda en el asunto C-154/15 y sobre la primera cuestión prejudicial en los asuntos C-307/15 y C-308/15

Mediante las dos cuestiones prejudiciales del asunto C-154/15 y mediante la primera cuestión prejudicial de los asuntos C-307/15 y C-308/15, que procede examinar conjuntamente, los tribunales remitentes piden sustancialmente que se dilucide si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el mencionado carácter abusivo.

Con carácter preliminar, procede examinar la alegación del Gobierno español, de Cajasur Banco y del Banco Popular, según la cual la cuestión de los efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula como las cláusulas controvertidas en los litigios principales no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, habida cuenta de que, al efectuar su pronunciamiento, el Tribunal Supremo garantizó a los consumidores un nivel de protección más elevado que el que garantiza la propia Directiva.

A este respecto, es cierto que de los autos de remisión se desprende que, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo, para justificar un control del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas, relativas al objeto principal de los contratos de que se trataba, interpretó la exigencia de transparencia a que se refiere el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva en el sentido de

que tal exigencia no se circunscribía a la transparencia formal de las cláusulas contractuales, que implica el carácter claro y comprensible de la redacción de éstas, sino que se hacía extensiva a la observancia de la transparencia material, que implica que sea suficiente la información facilitada al consumidor en lo que atañe al alcance tanto jurídico como económico de su compromiso contractual.

No obstante, tal como observa el Abogado General en los puntos 46 a 50 de sus conclusiones, el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. En efecto, esta disposición prevé, en los mismos términos que los que figuran en el artículo 5 de la misma Directiva, que las cláusulas contractuales deberán estar «redactadas [...] de forma clara y comprensible».

Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44).

Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular.

Así pues, y en la medida en que los órganos jurisdiccionales remitentes hacen referencia a la sentencia de 9 de mayo de 2013, que limitó el efecto restitutorio de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo, procede examinar si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que autoriza a que un tribunal nacional establezca una limitación de este tipo.

A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional. Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen

la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 44).

Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 63).

Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78). Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65). En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto. En efecto, la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013, *Jörös*, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 42). Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco y Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada).

De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una

cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.

Es cierto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 exige que los Estados miembros establezcan que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales» (sentencia de 6 de octubre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 57). No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección —ni, por tanto, su contenido sustancial—, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del consumidor, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas, que fue voluntad del legislador de la Unión Europea, tal como se afirma en el décimo considerando de la propia Directiva 93/13.

Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

En el caso de autos, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, a la que hacen referencia los órganos jurisdiccionales remitentes, el Tribunal Supremo determinó que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes de la fecha en que

se dictó la propia sentencia y que, por consiguiente, en virtud del principio de seguridad jurídica, los efectos derivados de tal declaración —especialmente el derecho del consumidor a la restitución— quedaban limitados a las cantidades indebidamente pagadas a partir de aquella fecha.

A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 41).

No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal —como es un plazo razonable de prescripción— de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, *Barth*, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, *Barra y otros*, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13).

Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores.

Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, *Ognyanov*, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, *Ognyanov*, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial

mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2914/2014] DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2016 [Ponente: Francisco Marín Castán]

Contratos de préstamo concertados con consumidores: es doctrina jurisprudencial consolidada la que mantiene el carácter abusivo de la práctica –se recoja o no como condición general del contrato– consistente en la emisión de un pagaré «en blanco» en garantía de la devolución de un préstamo, que permite a la entidad prestamista llevar a cabo la liquidación unilateral del contrato sin el control del fedatario público.

«El presente recurso de casación dimana de un juicio cambiario iniciado a instancia de la entidad bancaria prestamista para el cobro del importe de un pagaré, siendo recurrentes los firmantes del pagaré, quienes impugnan ante esta sala la desestimación en ambas instancias de su demanda de oposición, fundada esencialmente en los arts. 67, 94, 95 y 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque (en adelante LCCH).

Para la resolución del recurso interesan los siguientes datos:

1. «La Caixa», tenedora del pagaré no a la orden n.º NUM000, firmado con fecha 15 de septiembre de 2008 por los ahora recurrentes D. Mauricio y D.ª Almudena, pagadero a la vista hasta el 1 de octubre de 2017, y cuyo importe de 12.000 euros resultó solo parcialmente atendido a su presentación al pago, formuló demanda de juicio cambiario contra los firmantes ahora recurrentes en reclamación de la suma pendiente de pago (8.799,98 euros de principal e intereses ordinarios a 27 de abril de 2012) más 2.600 euros de intereses moratorios, gastos y costas.

2. Los firmantes del pagaré formularon demanda de oposición cambiaria sosteniendo que la cuantía reclamada no derivaba del pagaré sino de la liquidación de un préstamo suscrito por las partes en aquella misma fecha (15 de septiembre de 2008), añadiendo que su clausulado particular no se aportaba con la demanda ni tampoco el documento acreditativo de las liquidaciones efectuadas y cantidades pendientes de pago, de modo que el pagaré era en realidad «una liquidación del préstamo solicitado por mis representados con fecha 15 de septiembre de 2008, y que unilateralmente fijó la entidad prestamista».

3. Convocadas las partes a la celebración de vista, en el plazo de tres días previsto en el art. 440.1-3.º LEC la parte

demandante de oposición solicitó que se citara a D. Carlos Francisco, director de la sucursal de la entidad bancaria reclamante, con quien se firmó el contrato de préstamo vinculado al referido pagaré y que se requiriera a «La Caixa» a fin de que aportara «los contratos de préstamo o de cualquier otra naturaleza formalizados con mis representados desde enero del año 2008 hasta la actualidad» y «los recibos de ingresos efectuados por mis representados en relación con el pagaré n.º NUM000».

4. Mediante providencia de 7 de febrero de 2013 se acordó acceder a lo solicitado, sin perjuicio de acordar lo procedente sobre la admisión de la prueba propuesta en el acto de la vista.

5. El banco requerido no aportó la documentación acreditativa del préstamo.

6. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de oposición cambiaria pese a declarar probado, en lo que ahora interesa, que el pagaré fue emitido en garantía del préstamo referido por los demandantes de oposición «para evitar gastos de notario», al entender que aun así era perfectamente válido y ejecutable. A este respecto reconoció que la excepción extracambiaria alegada por los demandantes de oposición referente a que el pagaré fue emitido en garantía de dicho préstamo, con el fin de que el banco pudiera eludir la reclamación del importe prestado en el juicio declarativo correspondiente, se correspondía con la versión del propio banco y también con la única documentación aportada, los extractos de la cuenta bancaria de los firmantes del pagaré, acreditativos de la existencia de un ingreso en dicha cuenta en la misma fecha en que se emitió el referido título valor y por importe similar: 11.820 euros, cantidad prestada e ingresada en cuenta frente a 12.000 euros, suma indicada en el pagaré (de la que solo era objeto de reclamación la parte cuyo pago no fue atendido a su presentación).

7. La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación interpuesto por los demandantes de oposición, confirmó la sentencia apelada reiterando (con apoyo en doctrina al respecto de determinadas Audiencias Provinciales aunque reconociendo que otras Audiencias mantenían el criterio opuesto) el carácter no abusivo de la práctica bancaria consistente en la emisión de un pagaré en garantía de la devolución de un préstamo y, por tanto, la validez y fuerza ejecutiva del mencionado pagaré «en blanco» cuando reúne los requisitos de los arts. 94 y 95 LCCH y en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). En su fundamento de derecho tercero la sentencia declara probado que la entidad de crédito fue requerida para aportar la póliza de préstamo pero se limitó a facilitar el extracto de la cuenta en la que los prestatarios recibieron con fecha 15 de septiembre de 2008 el importe del préstamo (11.820 euros) cuya devolución garantizaba el pagaré emitido en esa misma fecha, así como que parte del préstamo fue atendido mediante pagos mensuales a sus respectivos vencimientos.

8. Contra la sentencia de segunda instancia los demandantes de oposición han formulado recurso de casación por interés casacional en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, que fue admitido al amparo del art. 477.2-3.º LEC.

SEGUNDO. - El único motivo del recurso, remitiéndose a la fundamentación jurídica de la propia sentencia recurrida, se ampara en el art. 477.3 LEC y se funda en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales con base en las distintas sentencias, unas contrarias a la validez del pagaré en blanco (p.ej. SSAP Castellón, sec. 1.ª, de 11 de febrero de 2013, Valladolid, sec. 3.ª, de 2 de julio de 2013, y Cáceres, sec. 3.ª, de 3 de febrero de 2014) y otras favorables (p.ej. SSAP A Coruña, sec. 4.ª, de 22 de octubre de 2012, Barcelona, sec. 1.ª, de 30 de abril de 2012, y Madrid, sec. 8.ª, de 5 de marzo de 2012), por lo que la parte recurrente tan solo se refiere de forma expresa, a modo de ejemplo, a la SAP Alicante de 14 de marzo de 2008, como contraria a la validez del pagaré en blanco, y al criterio opuesto que mantiene la Audiencia Provincial de Pontevedra. Tras recordar sumariamente los hechos, el desarrollo argumental del motivo concluye que «cabría entrar en la declaración de nulidad por abusiva y en perjuicio del consumidor, de la condición general que permite la emisión del pagaré en blanco como garantía del pago del préstamo y que por tanto habilitaría el procedimiento establecido, considerando que dicha cuestión debe ser ventilada a través del procedimiento declarativo correspondiente».

TERCERO. - El motivo, y por tanto el recurso, debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) La sentencia de esta sala 466/2014, de 12 de septiembre, de Pleno, fijó la siguiente doctrina jurisprudencial al resolver un recurso de casación por interés casacional precisamente en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales: «La condición general de los contratos de préstamo concertados con los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por fiador) de un pagaré, en garantía de aquél, en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria».

2.ª) Esta misma doctrina se reiteró en la sentencia 645/2015, de 11 de noviembre.

3.ª) Aunque en el presente caso no conste, por no haberse incorporado a las actuaciones, la existencia de una condición general en el contrato de préstamo que facultara a la entidad prestamista para complementar el pagaré firmado por los prestatarios, sí se ha declarado probada la vinculación del pagaré al préstamo y su firma por los

prestatarios como un medio de facultar a la entidad prestamista para llevar a cabo una liquidación unilateral. Se trataría, en suma, de una práctica abusiva que no puede merecer un trato más favorable que la condición general en la que pretenda ampararse dicha práctica, porque, como a modo de síntesis se razonaba en la citada sentencia 466/2014 y se reitera en la igualmente citada sentencia 645/2015 respecto de la condición general, esta «permite al profesional el acceso a un proceso privilegiado que comienza con un embargo cautelar sin necesidad de oír al demandado y sin que tenga que prestar caución ni justificar el *periculum in mora*, con base en un contrato que requiere una previa liquidación para determinar la cantidad adeudada en un momento concreto, sin que el acreedor deba justificar los elementos de hecho y de cálculo utilizados para fijar la cantidad reclamada y sin que la corrección de la liquidación haya sido controlada por un fedatario público. Por tanto, se impide que el demandado tenga los elementos de hecho y de cálculo que le permitan enjuiciar la corrección de la cantidad que se le reclama y, en su caso, impugnarla, invirtiéndose además la carga de la prueba en el perjuicio del consumidor». En definitiva, si la condición general es abusiva por tales razones no puede negarse que también lo sea llevar sin más a la práctica lo que dicha condición general permite al profesional.

CUARTO. - La estimación del recurso determina la casación de la sentencia impugnada y que esta sala, en funciones de instancia, estime el recurso de apelación de los demandantes de oposición cambiaria y, revocando la sentencia de primera instancia, desestime la demanda de juicio cambiario».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2694/2014] DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2016 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo].

Concurso de acreedores: efectos del concurso sobre los contratos pendientes de cumplimiento por ambos contratantes. – Resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio en interés del concurso: el régimen legal de la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes en interés del concurso es aplicable a los contratos de arrendamiento de local de negocio constituidos bajo el régimen de renta antigua y prórroga forzosa (LAU 1964). Ahora bien, hay que tener presente que el perjuicio que la resolución puede reportar a la contraparte in bonis se traduce en una indemnización con cargo a la masa.

«Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia. Restaura, S.L. fue declarada en concurso de acreedores el 4 de abril de 2012. En ese momento, entre su activo constaba

la propiedad de un inmueble sito en Madrid, en la Puerta del Sol núm. 9. El local de la planta baja derecha había sido arrendado a City Bell, S.A. el 1 de febrero de 1983, bajo la legislación de arrendamientos urbanos de 1964, y este contrato estaba en vigor. La renta, con las actualizaciones impuestas por las disposiciones transitorias de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, se beneficiaba de la condición de «contrato de renta antigua».

2. En estas condiciones, la concursada (Restaura, S.L.) y la administración concursal solicitaron del juzgado mercantil que conocía del concurso de acreedores que, al amparo del párrafo segundo del art. 61.2 LC, se resolviera el contrato de arrendamiento en «interés del concurso».

Ante la oposición del arrendatario del local, City Bell, S.A., el juez del concurso, mediante un incidente concursal, acordó la resolución del contrato de arrendamiento en «interés del concurso». Este «interés del concurso» apreciado iba ligado al proyecto que

Restaura, S.L. tenía de rehabilitación integral del edificio, lo que facilitaría la continuación de la actividad y el pago de los créditos de sus acreedores. Para ello era necesario resolver los contratos de arrendamiento en vigor. Además, la renta que se cobraba era sensiblemente inferior a la de mercado, sobre todo a la que se podría conseguir tras la rehabilitación. Incluso, añade la sentencia de primera instancia, en el peor de los escenarios, que sería la liquidación, la disposición del inmueble sin contrato de arrendamiento permitiría obtener un precio muy superior.

3. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y dejó sin efecto la resolución del contrato. La sentencia de apelación entiende que la facultad resolutoria del art. 61.2 LC no es omnímoda, sino que está sujeta a límites: «Unos, intrínsecos o naturales, derivados de la propia naturaleza de este derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica y social que a través de él se trata de realizar, así como los derivados de los principios generales que prohíben el ejercicio abusivo, antisocial o contrario a la buena fe (art. 7 CC). Y otros extrínsecos, motivados por la colisión con derechos subjetivos ajenos, en este caso con el derecho del arrendatario a que sea respetada la vigencia de la relación arrendaticia por virtud del derecho a la prórroga forzosa, establecido en su beneficio por una ley tuitiva, y que sólo puede ceder en los supuestos establecidos por dicha ley.

» En la presente colisión de derechos estimamos que el art. 61.2 LC no debe prevalecer ante el derecho adquirido por el arrendatario, reconocido por una ley de carácter tuitivo que atiende a la utilidad pública y al interés social, y que no es posible derogar si no es al amparo de una norma expresa y específica dictada por el legislador que, en casos como el presente, prime el interés del concurso sobre el interés social y general que justifica el blindaje otorgado a la posición jurídica del arrendatario mediante la institución de la prórroga forzosa».

Y, añade, como argumento de refuerzo, que: «si el interés del concurso radica en la ejecución del proyecto de rehabilitación, no se ha justificado que el mismo no pueda

llevarse a efecto respetando el derecho arrendaticio y en el marco de las previsiones legales contenidas en la LAU.

» Tampoco se ha justificado que el mantenimiento del contrato resulte perjudicial o gravoso para el concurso en atención a las prestaciones que hayan de realizarse con cargo a la masa; el goce pacífico en la posesión no entraña ese gravamen, y no hay constancia de que la masa deba asumir, a corto o medio plazo, la realización de obras necesarias en el local arrendado».

4. La sentencia dictada en apelación ha sido recurrida en casación por Restaura, S.L., con la aquiescencia de la administración concursal, que también firma el recurso. El recurso se basa en un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de junio, concursal. Este precepto permite la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al tiempo de declararse el concurso, en interés del concurso. En el presente caso, la resolución del contrato de arrendamiento, sujeto al sistema de prórroga forzosa, redundaría en interés del concurso porque posibilitaría un mayor grado de satisfacción de los acreedores de la concursada. Al respecto, advierte que la renta mensual que se paga actualmente, una vez actualizada, es de 4.860,48 euros, que es muy inferior a la renta que se está pagando en locales de similares características, en aquella misma ubicación (48.689,33 euros).

Frente a lo razonado en la sentencia recurrida, de que el derecho del arrendatario a continuar con el contrato bajo el régimen de prórroga forzosa responde a un derecho amparado por una normativa dictada por razón de utilidad pública e interés social, en el desarrollo del motivo se advierte lo siguiente: «la existencia de un conflicto entre el interés particular del locatario, que no tiene la condición de acreedor, y el interés del concurso, como solución que redundaría en beneficio de la masa pasiva del concurso, debe ser analizada desde la perspectiva del interés público concursal que ha de imponerse a la relación privada entre el titular del local del negocio y la propiedad». E insiste en que la interpretación sostenida por la sentencia recurrida, sobre la prioridad de los derechos del arrendatario no se acomoda a la realidad social actual, y además esa protección tuitiva ha sido muy matizada por la jurisprudencia.

El recurso entiende que la sentencia de apelación aplica una excepción al régimen del art. 61.2 LC que no contempla la Ley Concursal.

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

2. Estimación del motivo. A la vista de las razones aducidas por la sentencia recurrida para declarar la improcedencia de la resolución del contrato de arrendamiento de local de

negocio, sujeto al régimen denominado de renta antigua y prórroga forzosa, por interés del concurso, debemos examinar a continuación dos cuestiones: i) la primera, si la posibilidad de resolución del contrato en interés del concurso prevista en el art. 61.2 LC puede aplicarse a relaciones arrendaticias de locales de negocio constituidos bajo el régimen de prórroga forzosa del art. 57 LAU 1964; y ii) la segunda, de ser aplicable, si en este caso concurren el interés del concurso para la resolución de este contrato.

3. Régimen legal de la resolución del contrato en interés del concurso. Con carácter general, el párrafo primero del art. 61.2 LC prescribe que «la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte». Y, excepcionalmente, el párrafo segundo permite que a instancia del concursado o de la administración concursal, según se haya acordado la intervención o la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor concursado, el juez pueda acordar la resolución del contrato al que se refiere el párrafo anterior. Esta resolución en interés del concurso no se articula como un derecho dispositivo atribuido por la ley a una de las partes, en concreto de quien represente a la masa del concurso (el concursado o la administración concursal), sino como una decisión judicial en ausencia de acuerdo entre las partes. Acuerdo entre las partes que se refiere tanto a la resolución como a sus consecuencias o efectos, que según la Ley son la liquidación de la relación contractual y la indemnización de los daños y perjuicios que la resolución hubiera podido ocasionar a la parte *in bonis*, que deberá satisfacerse con cargo a la masa.

4. El art. 61.2.II LC no establece ninguna excepción a la aplicación de esta resolución en interés del concurso, sin que, por otra parte, el contrato litigioso siga tutelado por un régimen legal tuitivo que lo impida. Es cierto que cuando se concertó, en 1983, el contrato de arrendamiento de local de negocio, sobre el local sito en el edificio de la Puerta del Sol núm. 9, estaba sujeto a un régimen de prórroga forzosa por ser anterior al Real Decreto Ley 2/1985. Este régimen podía calificarse de especialmente tuitivo de los derechos del arrendatario. Sin embargo, la situación cambió con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que acabó con el régimen de prórroga forzosa, sin perjuicio del régimen transitorio respecto de la actualización de rentas y la duración de los contratos. En concreto, y por lo que ahora interesa, en el caso de los contratos de arrendamiento de local de negocio concertados con personas jurídicas, como arrendatarias, el apartado 4 de la disposición transitoria 3ª de la reseñada Ley estableció, en el mejor de los casos, un plazo máximo de 20 años a contar desde la entrada en vigor de la Ley, que se cumplió el 31 de diciembre de 2014.

No se discute ahora la concreta duración de este contrato, sino si estaba sujeto a una normativa especialmente tuitiva que justificara su exclusión del régimen previsto en el art. 61.2 LC. A estos efectos, hemos de concluir que, si bien este contrato cuando se constituyó estaba sujeto a un régimen

especialmente tuitivo, este régimen cambió con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, sin perjuicio de que para compensar a los arrendatarios se les reconociera un especial régimen transitorio.

De este modo no cabía excluir el contrato litigioso de la posibilidad de que se acordara judicialmente la resolución en interés del concurso del arrendador.

Los derechos reconocidos por la ley al arrendatario en las disposiciones transitorias, y en concreto el relativo a continuar durante el tiempo que le corresponda, pueden ser tenidos en cuenta para evaluar los daños y perjuicios que la resolución anticipada le puede reportar, y que deberían ser compensados económicamente con cargo a la masa. No existe, como argumenta la Audiencia, un ejercicio abusivo o antisocial del derecho, ni tampoco es contrario a la buena fe, sin perjuicio de que la valoración del interés del concurso tenga que tener en cuenta la contrapartida que puede conllevar la compensación del perjuicio que la resolución puede reportar al arrendatario, como veremos a continuación.

5. No existe duda de que el contrato, que tanto la administración concursal como la concursada pretenden que se resuelva en interés del concurso, al amparo del precepto invocado (art. 61.2.II LC), es un contrato de tracto sucesivo, un arrendamiento de local de negocio, que estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes, por la concursada, que era la arrendadora, y por la arrendataria (parte *in bonis*). Con ello se cumple el presupuesto legal para que pueda proponerse la resolución en interés del concurso, sin perjuicio de la valoración que el tribunal haga de su procedencia.

En síntesis, el interés invocado en la solicitud de resolución dirigida al juzgado se apoyaba en dos circunstancias. La primera que el contrato de arrendamiento de local de negocio, como consecuencia de haberse constituido bajo un régimen de renta antigua y prórroga forzosa, a pesar de la actualización de las rentas impuesta por la LAU de 1994, generaba una renta mensual desproporcionadamente inferior a la que se viene cobrando en locales de características similares, en aquella zona (la Puerta del Sol de Madrid). En concreto, se afirmaba que la renta mensual actualizada era de 4.860,48 euros, cuando el alquiler de un local de similares características (ubicación y superficie), sito en las cercanías de la Puerta del Sol, podría comportar la obligación de pago de una renta mensual de 48.689,33 euros.

La segunda circunstancia que este contrato de arrendamiento impedía el desarrollo de un proyecto de rehabilitación del edificio, mediante la unificación de toda la planta (donde se halla el local objeto de litigio), que permitiría incrementar el rendimiento de su explotación.

6. «El interés del concurso» es un parámetro fijado por la ley para que el tribunal pueda apreciar, en cada caso, sobre la procedencia de la resolución de un contrato de estas características.

Es cierto que «el interés del concurso» se refiere a lo que mejor convenga a la finalidad perseguida con el concurso de

acreedores, que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concursado. Este interés legitima que el juez autorice al concursado a que se desligue de la relación contractual. Pero, al mismo tiempo, ello no supone que se obvien los derechos de la contraparte, pues el precepto expresamente prevé, como un efecto de la resolución, que además de la liquidación de la relación contractual, se pueda acordar con cargo a la masa la indemnización de los daños y perjuicios que para la parte *in bonis* pueda representar la resolución.

En la sentencia 189/2016, de 18 de marzo, afirmamos que la indemnización de daños y perjuicios no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato en cuestión, sino que en cada caso debe apreciarse si han existido los daños y perjuicios, y la cuantificación de la indemnización: «La dicción literal del precepto muestra que la indemnización de los daños y perjuicios con cargo a la masa no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato por convenir al interés del concurso. Es necesario realizar un enjuiciamiento tanto fáctico como jurídico, esto es, es necesario valorar si aplicando la regulación contractual establecida en el contrato a las circunstancias fácticas concurrentes, la resolución que resulta del régimen excepcional contenido en el art. 61.2 de la Ley Concursal determina la procedencia de indemnizar daños y perjuicios, y si efectivamente tales daños y perjuicios se han producido».

Como esta indemnización está anudada a la eventual resolución del contrato, nada impide que podamos tener en consideración esta previsión legal, que reconoce el derecho de la parte *in bonis* a percibir la indemnización de los daños y perjuicios que la resolución le pudiera reportar, a la hora de sopesar la existencia del «interés del concurso».

La previsión de la eventual indemnización para la parte *in bonis*, que tiene como presupuesto que la resolución le haya reportado daños y perjuicios, pone en evidencia que el interés del concurso puede legitimar la resolución del contrato, pero no puede obviar el perjuicio que esta resolución puede reportar a la contraparte, que se traduce en una indemnización con cargo a la masa.

A este respecto, en relación con la primera circunstancia alegada para justificar el interés del concurso, existe una correlación entre el incremento que por rentas podría tener la arrendadora si se resuelve anticipadamente el contrato, con el perjuicio que esta resolución anticipada le reportaría al arrendatario, que tendría que pagar una renta mayor a la que viene pagando, durante el tiempo en que, si no fuera por la resolución anticipada, estaría vigente el contrato.

Por ello, propiamente, por esta primera circunstancia no existe interés del concurso, pues el incremento de rentas que se supone que se alcanzaría con la resolución del contrato (la diferencia entre la renta que cobra del arrendatario actual y lo que podría cobrar según el mercado) es equivalente con el perjuicio que la resolución anticipada le reportaría al arrendatario (la diferencia entre la renta que paga y la que debería de pagar para mantenerse en un local de esas características en esa zona). Dicho de otro modo, de forma estimativa, la evaluación económica del beneficio que se piensa obtener con la resolución coincidiría con el

perjuicio que la resolución ocasionaría al arrendatario, que debería ser indemnizado con cargo a la masa.

7. Cuestión distinta es la segunda circunstancia. Se aduce que existe un proyecto para modificar la distribución de locales del inmueble, que permitiría la unión de espacios, lo que conllevaría una revalorización del espacio destinado a local, y por ello generaría un incremento de las rentas que podrían cobrarse.

Esta segunda circunstancia sí que apunta a un beneficio suplementario, que no se corresponde con un correlativo y equivalente (desde el punto de vista de su evaluación económica) perjuicio para el arrendatario. Si la resolución del contrato permite llevar a cabo una operación de transformación interior del inmueble que revalorizaría su explotación arrendaticia, existe interés del concurso porque redundará en un incremento de la masa activa.

8. Procede, por tanto, la estimación en parte del recurso de apelación.

Declaramos la procedencia de la resolución del contrato en interés del concurso, para el caso en que no estuviera ya resuelto por expiración del término (legal, previsto en la reseñada disposición transitoria de la LAU 1994) y la arrendadora siguiera interesada en hacer efectiva la resolución. Y reconocemos, en caso de que se haga efectiva la resolución anticipada, el derecho de la arrendataria a ser indemnizada, con cargo a la masa o de quien se hubiera subrogado en el contrato de arrendamiento, de los perjuicios derivados de la resolución anticipada del contrato de arrendamiento.

El importe de esta indemnización se fijará en ejecución de sentencia, a partir de las siguientes bases: la diferencia entre el importe de la última renta mensual actualizada (4.860,48 euros) y la que el arrendador manifiesta que se paga en un local de esas características y ubicación (48.689,33 euros); por los meses que todavía restaran entre la resolución anticipada -si llega a haberla- y el término que conforme a las normas transitorias de la LAU 1994 correspondiera a este contrato para continuar con el régimen anterior de prórroga forzosa».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2883/2014] DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2016 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno].

Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. – El plazo de sesenta días previsto para el pago de las facturas en las operaciones comerciales tiene carácter imperativo, de modo que no puede ser desplazado por el pacto de las partes, y serían nulas las cláusulas contractuales que establezcan un plazo mayor.

«1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación normativa del alcance de la limitación en la

determinación del plazo establecida en la Ley 3/2004, de 29 diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante LLCM), tras las modificaciones operadas por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la LLCM, y la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (en adelante LMAE).

2. Con relación a la modificación introducida por la Ley 15/2010, de 5 de julio, el originario artículo 4 de la LLCM, que dejaba la determinación del plazo de pago al pacto entre las partes y, en su defecto, a un plazo de 30 días, quedó redactado con el siguiente tenor:

«[...] Artículo 4. Determinación del plazo de pago.

» 1. El plazo de pago que debe cumplir el deudor será el siguiente:

» a) Sesenta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios. Este plazo de pago no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes.

» b) Si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios, sesenta días después de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.

» c) Si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura antes de finalizar el período para realizar dicha aceptación, el plazo de pago que debe cumplir el deudor se computará a partir del día de recepción de los bienes o servicios adquiridos y no podrá prolongarse más allá de los sesenta días contados desde la fecha de entrega de la mercancía».

El propio Preámbulo de la Ley 5/2010, entre los objetivos y finalidades de las modificaciones operadas, destacaba lo siguiente:

«[...] Los efectos de la crisis económica se han traducido en un aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas, que está afectando a todos los sectores. En especial, está afectando a las pequeñas y medianas empresas, que funcionan con gran dependencia al crédito a corto plazo y con unas limitaciones de tesorería que hacen especialmente complicada su actividad en el contexto económico actual.

» Con este objetivo, resulta particularmente importante en la presente Ley, suprimir la posibilidad de «pacto entre las partes», la cual a menudo permitía alargar significativamente los plazos de pago, siendo generalmente las Pymes las empresas más perjudicadas.

» [...] En lo que se refiere a los plazos de pago entre empresas, se establece un plazo máximo de pago de 60 días

por parte de empresas para los pagos a proveedores. Este plazo de pago no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes, con el fin de evitar posibles prácticas abusivas de grandes empresas sobre pequeños proveedores, que den lugar a aumentos injustificados del plazo de pago».

3. Por su parte, con la modificación operada por la LMAE, el citado artículo 4 de la LLCM queda con el siguiente tenor:

«[...] Artículo 4. Determinación del plazo de pago.

» 1. El plazo de pago que debe cumplir el deudor, si no hubiera fijado fecha o plazo de pago en el contrato, será de treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso cuando hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad.

» Los proveedores deberán hacer llegar la factura o solicitud de pago equivalente a sus clientes antes de que se cumplan quince días naturales a contar desde la fecha de recepción efectiva de las mercancías o de la prestación de los servicios.

» Cuando en el contrato se hubiera fijado un plazo de pago, la recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura, y la recepción por el interesado.

» 2. Si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato, su duración no podrá exceder de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios. En este caso, el plazo de pago será de treinta días después de la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios, incluso aunque la factura o solicitud de pago se hubiera recibido con anterioridad a la aceptación o verificación.

»3. Los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales».

4. En síntesis, la subcontratista Aucasa Obras y Transportes, S.A., interpuso demanda contra la contratista UTE Villazopeque, en la que reclamaba el pago de 652.446,73 €, en concepto de facturas impagadas por los trabajos realizados por la subcontratista, más 174.118,70 € por los intereses devengados por el aplazamiento, con infracción de lo dispuesto en la Ley 5/2010, y previa declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas contractuales que determinaban plazos superiores a los previstos legalmente, caso de que fuese necesario para la condena al pago de los intereses reclamados.

La demandada se allanó en parte a la demanda reconociendo la deuda por importe de 586.446,73 €, y se opuso sólo con relación al pago de la factura 21/2013, por importe de 66.000 € y a los intereses reclamados con base a la Ley 5/2010 por los pactos alcanzados por las partes.

5. En los contratos de referencia, con fechas de 23 de septiembre y de 10 de noviembre de 2010, se establecían las siguientes cláusulas.

Así, en la cláusula 5. 4 se contemplaba:

«[...] En caso de conformidad de las facturas presentadas, el CONTRATISTA, abonará su importe mediante la entrega de pagaré a la orden, con vencimiento a 180 días de la fecha de recepción de la factura en las oficinas centrales, coincidiendo éste con los días 20 de cada mes, entendiéndose que este aplazamiento está compensado con el interés incluido en el precio, de acuerdo con lo pactado en la cláusula segunda de este contrato».

En la cláusula 2.2, se contemplaba:

«[...] Los precios establecidos en este Contrato se han fijado de común acuerdo, incluyendo un tipo de interés no inferior al interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, derivado del aplazamiento acordado en el pago de las facturas relativos al mismo, con lo que se da amplio cumplimiento a lo dispuesto en Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que supone que tales precios son los totales de coste para el CONTRATISTA principal».

6. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. En este sentido, condenó solidariamente a la UTE Villazopeque y a las empresas que la integran al pago de 652.446,73 € por las facturas impagadas. Con relación a los intereses reclamados consideró aplicable la LRCM sólo respecto de la relación contractual entre la subcontratista y la UTE Villazopeque y con relación a los pagos realizados con posterioridad al plazo pactado de 180 días, coincidiendo éste con el día 20 de cada mes y tomando como fecha de inicio del plazo de pago la fijada en la relación aportada en la demanda y como término final el 31 de julio de 2013. En su argumentación destacó la antinomia entre los artículos 4.1 y 9.1 de la LRCM, sobre todo antes de la reforma operada por la LMAE de 2013, respecto de la posibilidad de que las partes pudieran pactar plazos de pagos superiores a 60 días en las operaciones comerciales, ya que el artículo 4 establecía que el plazo de pago que debía cumplir el deudor era de 60 días desde la recepción de las mercancías o prestación de servicio y ese plazo no podía ser ampliado, sin embargo el artículo 9.1 se refería a dicho plazo del artículo 4.1 como un plazo establecido con carácter subsidiario y consideraba que los plazos que se apartaran de los 60 días no serían nulos en todo caso, sino sólo si podían reputarse abusivos. De forma que en el presente caso estimó que no podía calificarse de abusivo el plazo pues los precios pactados en el contrato ya

estaban aumentados con un interés no inferior al legal del dinero incrementado en 1.5 puntos para compensar el aplazamiento pactado de 180 días, por lo que las cláusulas no podían reputarse nulas, sin que la Disposición Transitoria tercera de la Ley 15/2010 afectase a lo anterior toda vez que la misma también debe interpretarse de forma integradora con el artículo 9 Ley 3/2004.

7. La sentencia de segunda instancia, aclarada por auto de 16 de septiembre de 2014, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante y confirmó la sentencia de primera instancia con idénticos fundamentos.

8. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO. - Contrato de ejecución de obra. Relación contratista y subcontratistas de la obra. Aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, con relación a la naturaleza y alcance de la limitación temporal dispuesta para el plazo de pago. Criterios de interpretación normativos. Actos propios y control de abusividad. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, por interés casacional de normas que no lleven más de cinco años en vigor, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

2. En el primer motivo, denuncia la infracción de los artículos 4.1 y 9.1 de la LRCM, en su redacción dada en la Ley 5/2010, de 5 de julio, de forma que la armonización de ambos preceptos se realice considerando que la limitación del plazo establecida en el artículo 4.1 es de carácter imperativo para las partes, sin posibilidad del pacto en contrario.

3. El motivo debe ser estimado.

En primer término, con relación al alcance de la limitación de la determinación del plazo para el pago, debe precisarse que la posibilidad, por el legislador nacional, de configurar dicha limitación con carácter imperativo para las partes contratantes encuentra un claro encaje con lo dispuesto en la Directiva 2011/7/UE, pues su artículo 12.3 expresamente prevé que los Estados miembros puedan «mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva».

Sentado lo anterior, hay que señalar que la opción por el carácter imperativo de la limitación del plazo (como norma de *ius cogens*) fue la que ya ejercitó nuestro legislador con la modificación introducida por la Ley 5/2010, de 5 de julio. Opción que reflejó no sólo el propio tenor del artículo 4.1 de dicha Ley, sino también el Preámbulo de la misma en atención a las finalidades y objetivos que informaban las modificaciones operadas respecto del texto inicial de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. Carácter imperativo de la limitación del plazo que, a su vez, ha sido respetado por la

posterior reforma introducida por la LMAE, de 2013, en donde el artículo 4.3 dispone con claridad que «Los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales».

En esta línea, la interpretación sistemática de la normativa aplicable debe ajustarse a esta razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago. Razón que no sólo encuentra fundamento en la ordenación o estructuración de la norma, en donde el artículo 4 regula específicamente la determinación del plazo, sino también y, sobre todo, en que la limitación prevista constituye una de las finalidades u objetivos queridos por el legislador a tenor del propio Preámbulo de la norma. En este sentido, además, la antinomia existente entre el artículo 4 y 9 de la citada Ley 5/2010, que 5 de julio, ha dejado de tener consistencia tras la modificación de este último artículo por la LMAE que ha suprimido la perturbadora referencia al «carácter subsidiario» de los plazos fijados por LLCM, con lo que la razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago resulta fortalecida en el plano de la interpretación sistemática de la normativa aplicable, conforme también a la última reforma llevada a cabo por el legislador.

De lo anteriormente señalado, pueden extraerse los siguientes criterios de interpretación. Así, en primer lugar, el carácter imperativo para las partes de la limitación temporal establecida por la norma para el plazo del pago comporta que todos aquellos pactos que exceden de dicho límite temporal, 60 días naturales, resulten nulos de pleno derecho por contravención de lo dispuesto en la norma imperativa (artículo 6. 3 del Código Civil). En segundo lugar, esta limitación legal del plazo, como regla general, presenta como única excepción, prevista en el propio artículo 4.2 LLCM, aquellos supuestos de contratación que bien por mandato legal, o bien por pacto expreso, comporten procedimientos de aceptación o comprobación que verifiquen la conformidad con los bienes o servicios prestados, pues en tales supuestos el límite legal del plazo se puedan extender hasta los 90 días naturales contados desde la fecha de la entrega de los bienes o la realización de la prestación de los servicios. Por último, de acuerdo con lo señalado, el control de abusividad previsto en el artículo 9 LLCM ópera, necesariamente, dentro del plazo marcado por la limitación temporal establecido por la norma, pues más allá del mismo la sanción contemplada no es otra que la nulidad del pacto por ser contrario a la norma imperativa. Conclusión acorde tanto con la función tuitiva de la norma, como con la conveniencia de una interpretación que fije con claridad los criterios de aplicación normativa.

4. En el motivo segundo del recurso, la recurrente denuncia la indebida aplicación del principio de los actos propios con relación al artículo 9.1 de la LLCM.

En este sentido, considera que la sentencia recurrida incurre en dicha infracción cuando al tratar de la posible abusividad

consideró que la recurrente actuaba en contra de sus propios actos al alegar la nulidad de unas cláusulas cuya validez no discutió hasta la finalización del contrato y el impago de las facturas reclamadas.

5. El motivo debe ser estimado.

Conforme a lo anteriormente expuesto, la estimación del primer motivo comporta la estimación del recurso de casación y, por tanto, la innecesariedad de entrar en el examen de este motivo. La razón es que el plazo establecido para el pago, 180 días desde la fecha de recepción de las facturas, es de por sí ilustrativo de que se ha vulnerado el límite temporal legalmente establecido por la norma, en este caso, 60 días naturales, por lo que dicho pacto ya es nulo de pleno derecho y no pueden dar lugar a un posterior enjuiciamiento del control de abusividad.

Sin embargo, y una vez sentado esto, interesa entrar en el examen de este motivo para fijar con claridad, en contra del criterio sostenido por la Audiencia, que, cuando proceda entrar en el examen del control de abusividad de estas cláusulas o prácticas de contratación entre empresarios, el mero hecho de que el subcontratista no lo haya impugnado previamente por el contenido abusivo de algunas de sus cláusulas no constituye, en modo alguno, un acto propio que impida su reclamación en el transcurso de la ejecución del contrato celebrado.

En efecto, ello es así porque el control de la abusividad dispuesto en el artículo 9 LLCM, como todo control de abusividad, parte de una función tuitiva en favor de la parte más débil de la práctica de contratación tomada como referencia por la norma. Parte débil que, por lo general, corresponde a la posición de inferioridad que asume el subcontratista respecto del contratista principal de la obra y que le impide, desde el inicio de la contratación, defender sus intereses en pie de igualdad respecto de las imposiciones del contratista de la obra.

En el presente caso, no cabe duda que tanto la desproporción del plazo de pago establecido, 180 días respecto de los 60 legalmente previstos, y los 30 días recomendados por LLCM, así como la desproporción del interés contemplado como compensación de dicho aplazamiento, interés legal más 1,5 puntos, frente a los 8 puntos que establece el artículo 7 LLCM como referencia, fueron impuestas por la parte a la que realmente favorecía, esto es, al contratista principal de la obra. Frente a ello, como significativamente alega la recurrente, la subcontratista no tuvo más remedio que aceptarlo si realmente quería conseguir el contrato. De ahí que, en la lógica de la función tuitiva que informa al control de abusividad, la mera celebración del contrato no constituye un acto propio que impida a la parte débil, objeto de tutela, ejercitar su derecho a que judicialmente se revise la legalidad de las condiciones impuestas de acuerdo con el control de abusividad que específicamente para este sector de contratación prevé el artículo 9 de la LLCM, como

reacción contra el posible abuso de derecho en la contratación, que no se realiza en pie de igualdad entre las partes contratantes».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2360/2014] DE 20 DE DICIEMBRE DE 2014 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno].

Pagaré cambiario: endoso falsificado de pagaré. - A la entidad bancaria domiciliataria del pagaré, que abonó el pagaré por el sistema de compensación, no le es exigible la diligencia propia del banco librado en el cheque, y no está obligada a comprobar la autenticidad de la firma del endosante.

«La entidad demandante Frutas Txiki Iruña, S.L., interpuso demanda contra la entidad BBVA, S.A., en reclamación de la cantidad de 17.575,46 €. Cantidad que correspondía al importe de un pagaré cuyo endoso falsificado fue abonado por la citada entidad bancaria por el sistema de compensación.

En síntesis, la demandante, cuya actividad mercantil se destina al comercio de frutas y verduras, argumentó que era cliente de BBVA con la que tenía suscrito, entre otras relaciones, un contrato de cuenta corriente. En esta línea, el 16 de agosto de 2004, expidió un pagaré por importe de 17.575,46 € a los efectos de satisfacer un suministro de fruta de un proveedor suyo, la compañía gerundense Frutas Fidel Catalá, S.L. Dicho pagaré fue domiciliado para su pago en una cuenta de la entidad Caja Navarra. El beneficiario del pagaré, Frutas Fidel Catalá, es cliente de la entidad demandada, BBVA.

El citado importe fue cargado en cuenta. No obstante, nunca llegó a ser cobrado por el citado beneficiario en la medida que el mismo fue sustraído y entregado para su compensación en la entidad BBVA por una persona que abrió una cuenta corriente utilizando el DNI de don Gregorio, que aparecía como endosatario del pagaré. Dicho pagaré, expedido a favor de la citada entidad Frutas Fidel, fue cobrado de modo fraudulento por quien dijo llamarse don Gregorio, mediante un endoso también fraudulento cuya firma resultó falsa, tal y como se acreditó del resultado de las diligencias previas realizadas por el juzgado de instrucción. Por lo que, según la demanda, siendo la entidad Frutas Fidel cliente de BBVA y teniendo esta entidad a su disposición toda la documentación legal de dicha mercantil, así como las correspondientes cartulinas de constancia de las firmas de los administradores y apoderados, la diligencia mínima exigible de la entidad a la que se entregó el pagaré objeto de falso endoso era realizar un nivel de comprobaciones muy básico para acreditar la regularidad de la cesión operada en relación con el documento cuyo giro es objeto del presente procedimiento. En consecuencia, la entidad demandada procedió a realizar el abono en cuenta del pagaré de forma irregular causando al demandante un

daño evaluado en el importe del pagaré indebidamente pagado, más los intereses.

La parte demandada se opuso a la demanda, alegando su falta de legitimación pasiva toda vez que su intervención fue de mera intermediaria siendo la entidad Caja Navarra la que autorizó el pago del pagaré y quien, por tanto, tuvo responsabilidad en los hechos. Subsidiariamente consideró que su responsabilidad sería extracontractual por lo que el plazo de la acción sería de un año, plazo que habría transcurrido con creces desde que ocurrieron los hechos. Si bien es cierto que se han seguido diligencias penales por tales hechos, la demandante no ha sido parte en las mismas por lo que la acción habría prescrito respecto de ella. Por último, señaló que existía una concurrencia de culpas dado que la actora remitió el pagaré por correo ordinario, sin la cláusula no a la orden, y tardó más de tres meses en percatarse de la sustracción del mismo.

2. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra. En este sentido, tras rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva, negó la existencia de una conducta negligente de la entidad bancaria, pues su actuación fue de mera intermediaria y se limitó a solicitar la autorización de Caja Navarra para proceder al pago del citado pagaré. Por lo que la entidad pagadora no venía obligada a comprobar que los endosos eran auténticos y no falsificados, siendo su única obligación comprobar con Caja Navarra si debía o no abonarse el pagaré, de forma que una vez autorizada ninguna responsabilidad cabía imputar a la demandada.

3. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia recurrida. En este sentido, destacó que no resultaba aplicable el artículo 156 Ley Cambiaria y del Cheque (en adelante, LCCh), pues, aunque el endoso era falso, no obstante, la firma del librador y su contenido material era correcto, por lo que no cabía hablar de falsificación de pagaré. También consideró no aplicable el artículo 141 del mismo texto legal en la medida en que si el librado no viene obligado a comprobar la autenticidad de la firma de los endosantes, mucho menos quien actúa como mero intermediario o pagador por el sistema de compensación.

4. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO. - Derecho cambiario. Pagaré con endoso falso. Responsabilidad de la entidad bancaria mera domiciliataria del pago por el sistema de compensación. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo. En dicho motivo denuncia la infracción del artículo 156 de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque, de

los artículos 1162 y 1101 del Código Civil, así como de los artículos 255, 307, 534 y 536 del Código de Comercio. Fundamenta el interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala contenida en las SSTS de 17 de mayo de 2000 y 29 marzo de 2007.

2. El motivo debe ser desestimado. En el presente caso, la entidad demandada actuó como una intermediaria o domiciliataria para el pago del citado pagaré cuyo endoso resultó falso. Desde esta posición, la diligencia profesional exigible a la entidad bancaria no queda conexas a otras distintas relaciones jurídicas que pudiera mantener con la endosante, caso del citado contrato de cuenta corriente con su específica obligación de gestión y custodia de los fondos depositados por el titular de la cuenta (STS núm. 311/2016 de 12 de mayo). A su vez, la diligencia exigible de la entidad domiciliataria no es asimilable a la que tiene el Banco librado en el cheque (artículo 156 LCCh), pues, aparte de que el título litigioso no es un cheque, sino un pagaré, al que no se aplica el citado artículo 156, se trata de supuestos claramente diferenciables, como señala la sentencia recurrida (SSTS núms. 76/1998, de 9 de febrero y 709/2005, de 22 de septiembre, entre otras).

En parecidos términos, tampoco el presente caso puede reconducirse a la aplicación analógica del artículo 141 LCCh, dado que la entidad bancaria, en este caso, mera domiciliataria, no asume la diligencia exigible propia del Banco librado en el cheque que, a mayor abundamiento, no alcanza la comprobación de la autenticidad de la firma de los endosantes, sino a la comprobación de la regularidad de la cadena de endosos».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1624/2014] DE 20 DE DICIEMBRE DE 2016 [Ponente: Pedro José Vela Torres].

Anulabilidad de contratos de suscripción de participaciones preferentes: el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de nulación por vicio en el consentimiento no puede computarse desde que se perfeccionó el contrato de adquisición de las participaciones preferentes y se entregaron los títulos, sino desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación –en el momento de la intervención de la entidad por el FROB–. Respecto de la concurrencia de error vicio, antes de la introducción en nuestro Derecho de la normativa MiFID ya existía un deber legal de información al cliente. En este sentido, la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. – En materia de efectos, el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato nulo impone que la restitución deba comprender no sólo las cosas en sí mismas, sino también los frutos, productos o rendimientos que hayan generado.

«En enero de 2003, D. Raúl y su esposa, Dña. Raimunda, vendieron el negocio al que se había dedicado el esposo en los últimos veinte años de su vida laboral, obteniendo un precio de 836.608,84 €. Con la intención de que dicho capital sirviera para atender sus necesidades durante el resto de su vida y para ayudar a sus hijos en lo que fuera menester, lo distribuyeron e invirtieron inicialmente en productos financieros sin riesgo, en concreto, una imposición a plazo fijo, cinco fondos garantizados y una cuenta corriente con seguro de vida.

2.- A finales del año 2003, un directivo de Caixa Galicia en Oviedo, conocedor de la situación económica del Sr. Raúl, se puso en contacto con él para ofertarle unos productos financieros que, según le dijo, le reportarían mayor rentabilidad que los que hasta ese momento tenía contratados. Fruto de lo cual, se suscribió el 29 de diciembre de 2003 una orden de compra de participaciones preferentes de Caixa Galicia serie A (ISIN ES 0112805009), por importe total de 753.000 €. Previamente se habían suscrito otras órdenes similares, que no llegaron a ser efectivas.

El 2 de agosto de 2004, igualmente por recomendación de la entidad, los Sres. Raúl y Raimunda compraron obligaciones subordinadas de Caixa Galicia 09-04, si bien las vendieron posteriormente sin pérdidas. Y el 29 de marzo de 2005, compraron nuevamente participaciones preferentes de Caixa Galicia serie A, por valor de 22.800€.

3.- En suma, el total del capital invertido en participaciones preferentes fue de 775.800 €, aunque tras las ventas que el demandante ha podido llevar a cabo, ha quedado reducido a 721.800 €.

4.- Como quiera que en septiembre de 2004 los demandantes necesitaron disponer de 150.000 €, acudieron a la oficina de Caixa Galicia con la intención de rescatar esa parte de la inversión que tenían realizada, y ante la imposibilidad de hacerlo, suscribieron una serie de préstamos y créditos, con un coste global de 71.977,55 €.

5.- Durante la vigencia de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, los Sres. Raúl y Raimunda recibieron como rendimientos netos 157.366,58 €.

6.- El 10 de marzo de 2011, el Banco de España comunicó que la entidad emisora de las participaciones preferentes precisaba un capital adicional de 2.622 millones de euros, que debería tener antes del 30 de septiembre de 2011. Como quiera que llegada esta fecha no lo logró, tuvo que solicitar ayuda al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que amplió el capital social de NCG Banco, S.A., por un total de 2.465 millones de euros, mediante la emisión de 2.465 millones de acciones ordinarias de 1 euro de valor nominal, que fueron íntegramente suscritas y desembolsadas por el FROB, que pasó a ser titular del 93,16% del capital social, correspondiendo la titularidad del restante 6,84% a Novacaixagalicia.

7.- A la fecha de interposición de la demanda, 28 de febrero de 2013, las participaciones preferentes adquiridas tenían un valor de 198.495 €, según el precio de la última venta certificada por el AIAF (el mercado español de referencia para la Deuda Corporativa o renta fija privada integrado en Bolsas y Mercados Españoles, la compañía que opera los mercados financieros españoles).

8.- Los Sres. Raúl y Raimunda interpusieron demanda contra Nova Galicia (actualmente, NCG Banco S.A.), en la que solicitaron la nulidad de dichos contratos por error vicio del consentimiento, con restitución de las prestaciones; y, subsidiariamente, que se declarase la responsabilidad de la entidad financiera por las pérdidas sufridas y se la condenara a indemnizar los daños y perjuicios sufridos.

9.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a restituir a los demandantes 721.800 €, más el interés legal desde la fecha de la demanda y hasta la sentencia, incrementado en dos puntos desde la fecha de ésta.

10.- Interpuestos recurso de apelación por la entidad bancaria e impugnación por los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó el primero y estimó la segunda. Argumentó que la demandada no había acreditado haber indagado sobre la conveniencia del producto para el perfil inversor de los demandantes, ni haber informado sobre los riesgos propios de las participaciones preferentes, lo que provocó el error vicio en el consentimiento de los inversores. Como consecuencia de ello, declaró la nulidad del contrato, con los siguientes efectos: a) la demandada debería abonar el capital invertido y no amortizado en las participaciones preferentes de 721.800 € y 176.242,33 € más por intereses devengados hasta el 29 de Enero de 2013 al tipo del 3,5%; b) esta suma devengaría el interés legal desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución y desde entonces el interés del art. 576 LEC; c) los demandantes deberían reintegrar a la entidad demandada, por intereses netos percibidos, 157.366,58 €, más el interés legal desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución y desde entonces el interés del art. 576 LEC; d) no haber lugar a computar a efectos del art. 1303 CC el coste de préstamos y créditos concertados por los demandantes con la entidad bancaria.

SEGUNDO. - Recurso de casación. Admisibilidad de los motivos.

1.- Al dársele traslado del recurso de casación, la parte recurrida se opuso a la admisión de todos y cada uno de los motivos del mismo, confundiendo lo que son supuestos de inadmisión, con causas de desestimación.

El art. 485 LEC permite que en el escrito de oposición se puedan alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal. Previsión que ha de conectarse con el art.

483.2 LEC, que prevé las causas de inadmisión del recurso de casación.

A su vez, en el caso concreto del interés casacional, debe distinguirse según se trate de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o por resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales. En el primer caso, además de citar las sentencias del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia se dice infringida, es imprescindible explicar cuál es la concreta vulneración de la jurisprudencia que se ha cometido por la Audiencia Provincial en la sentencia de segunda instancia, en relación con la concreta infracción legal que se considera cometida. Mientras que, en el segundo, resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales, debe ponerse de manifiesto un criterio jurídico plasmado en dos sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una misma Sección de la misma Audiencia, frente a otro criterio jurídico antagónico -en relación con la misma cuestión de derecho- recogido en otras dos sentencias de diferente Audiencia o Sección. Además, tanto en uno como en otro caso, es preciso que el recurrente ponga en relación cada uno de los motivos en los que funda el interés casacional, con los preceptos que considera vulnerados.

2.- Pues bien, sobre tales bases, los motivos casacionales están formalmente bien formulados, puesto que se citan las sentencias del Tribunal Supremo que se consideran infringidas, se explica en qué consiste, a juicio de la parte, la contravención en que ha incurrido la Audiencia Provincial y se relacionan cada uno de los motivos con los preceptos legales que se consideran vulnerados.

Cosa distinta es que la resolución recurrida contradiga o no la jurisprudencia invocada, o no sea correcta la interrelación entre dicha jurisprudencia y los preceptos legales citados como infringidos, puesto que ello no es causa de inadmisión, sino en su caso, de desestimación, previo estudio y análisis del correspondiente motivo.

3.- El único supuesto de oposición que sería propiamente de admisión es el del motivo cuarto, ya que la parte recurrida aduce que se trata de un hecho nuevo no planteado en la instancia. Sin embargo, ello no es así, porque aun de una manera un tanto confusa, en el primer motivo de apelación se postuló expresamente que en el rendimiento percibido por los clientes debería incluirse la parte retenida para su ingreso en Hacienda, así como que deberían devolverse los títulos o su valor de canje.

4.- Razones por las cuales deben ser rechazadas las causas de inadmisión invocadas, procediendo la resolución de los motivos de casación planteados.

TERCERO. - Primer motivo de casación. *Dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad.

Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación se formula al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por infracción del art. 1.301 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, contenida en las sentencias de 6 de febrero de 1990, 25 de mayo de 2008 y 14 de mayo de 2009.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que los contratos litigiosos estaban consumados cuatro años antes de la interposición de la demanda. En caso de contratos de compraventa, el plazo de caducidad empieza a contarse con la consumación del contrato, que en este caso tiene lugar con la entrega de los títulos. De seguirse la tesis de la sentencia recurrida, que considera que la consumación se produce con la última liquidación de los rendimientos, la acción no caducaría nunca, al tratarse de títulos perpetuos.

Decisión de la Sala:

1.- Respecto a la caducidad de la acción y la interpretación a estos efectos del art. 1.301 CC, hemos establecido en sentencias de esta Sala núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015; 376/2015, de 7 de julio; 489/2015, de 16 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero, que: «[e]n relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

2.- Conforme a dicha jurisprudencia, el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no puede computarse, como pretende la parte recurrente, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición de las participaciones preferentes y se entregaron los títulos, sino desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en la inexistencia de un mercado efectivo de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión, por la falta de solvencia de la entidad emisora de las preferentes. Lo que tuvo lugar cuando dicha entidad fue intervenida por el FROB, el 30 de septiembre de 2011.

Como quiera que la demanda se presentó el 28 de febrero de 2013, resulta patente que la acción de anulación por error vicio del consentimiento no estaba caducada.

CUARTO. - Segundo y quinto motivos de casación. Error vicio del consentimiento. Deber de información de la entidad de servicios de inversión

Planteamiento:

1.- En el segundo motivo se denuncia la infracción de los arts. 1.265 y 1.266 CC y la jurisprudencia que los interpreta, en tanto que la sentencia estima la acción de nulidad sin que se hayan acreditado los requisitos para ello e ignorando el carácter excepcional de la apreciación de los vicios del consentimiento, la presunción *iuris tantum* de validez de los contratos, la necesidad de análisis del momento en que se presta el consentimiento y la necesidad de analizar el requisito de la cognoscibilidad.

2.- En el motivo quinto se denuncia infracción de los arts. 79 bis LMV y 72 a 74 del Real Decreto 217/2008, en relación con el art. 2.1CC, puesto que la jurisprudencia declara el incumplimiento del deber de información de la entidad financiera por no haber evaluado la idoneidad de los inversores, cuando la normativa MiFID no estaba en vigor al suscribirse los contratos.

3.- Como quiera que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, el déficit de información respecto de productos financieros complejos no implica necesariamente la existencia de error vicio, pero permite presumirlo, estos dos motivos deben analizarse conjuntamente.

Decisión de la Sala:

1.- La recurrente pretende que antes de la introducción en nuestro Derecho de la normativa MiFID no existía un deber legal de información al cliente; lo que se opone a reiterada jurisprudencia de esta Sala, que, en el caso concreto de las participaciones preferentes, viene constituida por las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril; 458/2014, de 8 de septiembre; 489/2015, de 16 de septiembre; 102/2016, de 25 de febrero; 603/2016, de 6 de octubre; 605/2016, de 6 de octubre; 625/2016, de 24 de octubre; y 677/2016, de 16 de noviembre.

2.- Hemos dicho en tales resoluciones que en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. La normativa del mercado de valores, incluida la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese

mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

3.- Como venimos advirtiendo desde la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, las previsiones normativas anteriores a la trasposición de la Directiva MiFID eran indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no eran meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tenían el carácter de esenciales, pues se proyectaban sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

El art. 79 LMV, vigente en la fecha de las adquisiciones de participaciones preferentes litigiosas, ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]».

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser

relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]».

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

4.- Del relato fáctico de la sentencia, que ha de ser respetado, se deduce sin género de duda que estas obligaciones de información no fueron cumplidas, lo que indujo a los clientes a prestar el consentimiento de manera viciada por error. Por lo que estos dos motivos de casación también deben ser desestimados.

QUINTO. - Tercer motivo de casación. Confirmación de los contratos viciados por error.

Planteamiento:

1.- En este motivo se denuncia la infracción de los arts. 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC y la jurisprudencia que los interpreta.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida infringe tales preceptos, al no declarar subsanado el supuesto error padecido por los recurridos, en aplicación de los actos propios y de la doctrina de la confirmación tácita de los contratos, cuando se contrató el mismo producto en cuatro ocasiones, se canceló dos veces y se percibieron las rentabilidades pactadas durante años, sin queja alguna.

Decisión de la Sala:

1.- El principio general del derecho que afirma la inadmisibilidad de ir o actuar contra los actos propios, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior. Como recuerda la STC 73/1988, de 21 de abril: «La llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium* surgeida

originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos».

2.- De lo que se infiere que la doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS núm. 545/2010, de 9 de diciembre; 147/2012, de 9 de marzo; 547/2012, de 25 de febrero de 2013). No obstante, el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (sentencia núm. 788/2010, de 7 de diciembre).

Además, ha de tenerse presente que los actos que están viciados excluyen la aplicación de la doctrina, pues esta Sala viene exigiendo, para que los denominados actos propios sean vinculantes, que causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo, además de que el acto ha de estar revestido de cierta solemnidad, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza. Lo que no puede predicarse de los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia.

3.- El caso concreto de la posibilidad de confirmación del contrato de inversión viciado por error por unos supuestos actos propios consistentes en la percepción de liquidaciones positivas o intereses de tal inversión, o incluso el encadenamiento de contratos similares, ha sido tratado específicamente por esta Sala en numerosas resoluciones. En la sentencia núm. 573/2016, de 19 de julio, en que resumíamos los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, dijimos: «Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atenderemos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero.

»Como decíamos en dicha sentencia, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se

realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

» Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad. Para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se decide cancelar anticipadamente el contrato para poner fin a la sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC».

4.- En relación con lo anterior, hemos de tener en cuenta que la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil. Como dijimos en la sentencia núm. 924/1998, de 14 de octubre, al tratar un pretendido consentimiento *ex post*: «En el estricto sentido de la palabra, tanto gramatical como jurídicamente, «consentimiento» no es algo que es concedido después de un acto. El concepto gramatical del vocablo significa anuencia, permiso, licencia, venia o autorización; es decir, hace mención a que sólo puede recaer sobre algo todavía no realizado. El significado jurídico aparece en el art. 1262 CC, según el cual «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»; esto es, la pauta legal indica que sólo versará sobre lo que se ofrece y se acepta respecto de una futura relación contractual, pero no sobre lo ya verificado.

» Si la referida actitud se manifiesta pasivamente tras el conocimiento posterior del negocio jurídico, la situación

admite distintas lecturas, mas en tanto no se haya consumado la prescripción o la caducidad de acciones, siempre será posible la impugnación del acto por vía legal».

En este caso, es difícilmente imaginable que los recurrentes pudieran tener un conocimiento anterior a su decisión de demandar cuando, por las fechas antes indicadas, hasta bien entrado 2011 no pudieron tomar conciencia de que su inversión iba a ser difícilmente recuperable, cuando no directamente ruinoso.

5.- Asimismo, hemos dicho en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre, que: «[I]a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

No concurre, en suma, el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 CC.

SEXTO. - Cuarto motivo de casación. Alcance de los efectos restitutorios de la nulidad contractual.

Planteamiento:

1.- En este motivo se denuncia infracción del art. 1.303 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, puesto que la sentencia no restituye correctamente a las partes a la situación patrimonial anterior a la nulidad.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce que la sentencia no condena a los recurrentes a devolver los títulos litigiosos (actualmente acciones, en virtud del canje forzoso establecido por el FROB), ni a la restitución de la rentabilidad bruta, es decir, también la parte retenida por la entidad comercializadora para su ingreso en Hacienda, al tratarse de rendimientos del capital mobiliario.

Decisión de la Sala:

1.- El problema de los efectos restitutorios de la nulidad por vicio del consentimiento en unos contratos de adquisición de participaciones preferentes de NCG ha sido tratado en la reciente sentencia de esta Sala núm. 716/2016, de 30 de noviembre, en la que decíamos: «1.- Como hemos dicho en la reciente sentencia núm. 625/2016, de 24 de octubre, dictada también en un caso de nulidad de adquisición de participaciones preferentes por error vicio del consentimiento, los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirentes. Por ello, tales efectos de la nulidad deben ser la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono.

» Doctrina que, en relación con estos mismos productos, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, ya habíamos sostenido con anterioridad, por ejemplo en la sentencia núm. 102/2016, de 25 de febrero. Y en relación con otros productos financieros complejos, como permutas financieras de interés, en la sentencia núm. 744/2015, de 30 de diciembre, entre otras.

»2.- Ello es así, porque los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa (sentencias de esta Sala núm. 81/2003, de 11 de febrero; 325/2005, de 12 de mayo; y 1385/2007, de 8 de enero de 2008, entre otras muchas). Ésta es la solución adoptada por los arts. 1295.1 y 1303 CC, al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas (sentencias núm. 772/2001, de 20 de julio; 812/2005, de 27 de octubre; 1385/2007, de 8 de enero; y 843/2011, de 23 de noviembre), como sucede, como regla general, con la resolución de las relaciones contractuales.

» Es más, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato y para impedir, en todo caso, que queden en beneficio de uno de los contratantes las prestaciones recibidas del otro, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia (sentencias núm. 105/1990, de 24 de febrero; 120/1992, de 11 de febrero; 772/2001, de 20 de julio; 81/2003, de 11 de febrero; 812/2005, de 27 de octubre; 934/2005, de 22 de noviembre; 473/2006, de 22 de mayo; 1385/2007, de 8 de enero de 2008; 843/2011, de 23 de noviembre; y 557/2012, de 1 de octubre) viene considerando innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma. Como dijimos en la sentencia núm. 102/2015, de 10 de marzo: «Es doctrina jurisprudencial la que afirma que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto *ex lege*, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez».

» Interpretación jurisprudencial que considera, además, que las mencionadas normas -arts. 1295.1 y 1303 CC- se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 CC (sentencias de 9 de febrero de 1949, 8 de octubre de 1965 y 1 de febrero de 1974), ya que tales reglas se aplican cuando entre dueño y poseedor no existe un negocio jurídico, pues de haberlo, sus consecuencias se rigen por las normas

propias de los negocios y contratos de que se trate (sentencias núm. 439/2009, de 25 de junio; y 766/2013, de 18 de diciembre).

»3.- Para reiterar dicha doctrina jurisprudencial, hemos de tener en cuenta que los desplazamientos patrimoniales realizados en cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico (sentencia núm. 613/1984, de 31 de octubre); por lo que, cuando se han realizado prestaciones correspectivas, el art. 1303 CC -completado por el art. 1308- mantiene la reciprocidad de la restitución. Así como que el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato nulo impone que la restitución deba comprender no sólo las cosas en sí mismas, sino también los frutos, productos o rendimientos que hayan generado».

2.- La sentencia de la Audiencia Provincial se adapta solo en parte a esta jurisprudencia, como se desprende claramente de su fundamento jurídico octavo y del propio fallo. Y ello, porque no acuerda la devolución de los títulos, que pueden tener valor económico tras su canje forzoso en acciones; y porque limita la restitución de los rendimientos por parte de los clientes al importe neto percibido, es decir, sin incluir la retención fiscal que le aplicó la entidad en su calidad de retentora, cuando es claro que tales rendimientos beneficiaban a los clientes en su totalidad y no solo en la parte neta, puesto que la retención podían compensarla, dado que le había sido deducida por el pagador para ingresarla en la Administración Tributaria como anticipo de la cuota del IRPF. El art. 14 del Reglamento General de Desarrollo de la Ley 58/2003, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, determina que tiene derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos o declarados indebidos la persona que haya soportado la retención o el ingreso a cuenta repercutido. Lo que tiene su fundamento en que la retención la realizan las entidades pagadoras como colaboradoras de la Administración Tributaria, pero el ingreso se hace por cuenta de la persona a quien se ha practicado la retención.

3.- En consecuencia, este motivo de casación debe ser estimado, lo que supone también estimación parcial del recurso de apelación de NCG en el sentido indicado».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1905/2014] DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Contratos de compraventa de viviendas: es doctrina jurisprudencial consolidada que el banco con el que la promotora concertó una póliza colectiva de avales para garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio de

las viviendas, sin que se llegaran a otorgar los avales particulares a los compradores, ante el incumplimiento declarado de la promotora, debe responder frente a dichos compradores de la devolución del dinero entregado a cuenta.

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

El 13 de febrero de 2007, Ángel Jesús y Celestina concertaron un contrato de compraventa de una vivienda que la entidad Prodaemi, S.L. (en adelante, Prodaemi) iba a construir en la localidad de Puebla de Farnals (Valencia). La vivienda debía ser entregada en diciembre de 2008.

El precio pactado de la compra era 261.500 euros, más 18.305 euros de IVA. A cuenta de este precio, los compradores pagaron 56.400 euros.

El 15 de marzo de 2007, la promotora concertó con Caja Madrid (actual Bankia) una línea de avales, para «garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por dichos compradores de conformidad con la Ley 57/68». Este contrato hacía una expresa referencia a la promoción que Prodaemi estaba realizando en la Puebla de Farnals (Valencia).

No consta que los ingresos de las cantidades pagadas a cuenta se hicieran en una cuenta abierta en Caja Madrid.

El 12 de junio de 2007, los dos compradores solicitaron a la promotora vendedora la entrega del aval individual de las cantidades pagadas a cuenta del precio, que no llegó a ser emitido.

En el año 2013, la vivienda todavía no había sido entregada, la obra estaba inacabada y paralizada.

2. Ángel Jesús y Celestina presentaron la demanda contra la promotora y contra Caja Madrid, en la que dejaron constancia del incumplimiento contractual de la promotora, y pedían: la nulidad de una cláusula contractual que manifestaba que el retraso en la entrega de la vivienda no supondría incumplimiento contractual; la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la promotora; y la condena solidaria a las dos demandadas a pagar a los demandantes 56.400 euros, en concepto de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la compraventa.

La promotora se allanó, mientras que Caja Madrid se opuso a la resolución por incumplimiento del contrato y, respecto de su eventual responsabilidad a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta, opuso que esta obligación del promotor no estaba afianzada porque no se había emitido el preceptivo certificado individual.

3. El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Declaró resuelto el contrato de compraventa por incumplimiento de la promotora vendedora y condenó a esta promotora y a Caja Madrid (Bankia) a devolver las cantidades entregadas a cuenta del precio de la compraventa (56.400 euros) más los intereses legales.

Para justificar la responsabilidad solidaria de Caja Madrid, la sentencia razona que existía una línea de avales y que la falta de emisión del certificado o aval individualizado a favor de los compradores demandantes no puede perjudicarles.

4. El banco demandado formuló recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, conforme al siguiente razonamiento:

«Es necesaria una doble relación contractual: a.- la del promotor con la entidad avalista; b.- la del promotor con el comprador. Y es en esta última donde nace la obligación para con el comprador de la garantía de las cantidades dadas por éste a cuenta del precio, frente a la que el promotor asume la obligación de garantía y de entrega del aval correspondiente. Contra lo indicado en la Sentencia, el contrato de línea de avales no contiene uno concreto a favor de los compradores de viviendas, sino que recoge la obligación de la entidad bancaria frente a la promotora de expedirlos, cuando concurren determinadas condiciones, exigiendo la petición del garantizado, es decir, de la promotora, para su expedición y asumiendo obligaciones concretas para garantizar el riesgo contraído por la entidad crediticia, siendo según la Ley 57/68 el obligado a entregar el aval al comprador la promotora. De las pruebas practicadas no consta que la promotora solicitara a la entidad Caja Madrid, a la que sucede Bankia S.A., aval individual a favor de los demandantes, a pesar de serle reclamado a aquella por los compradores el 15 de junio de 2007 (folio 58), obrando únicamente la póliza conteniendo línea de avales de fecha 15 de marzo de 2007 (folios 46 a 57), supeditándose la prestación de las garantías a la previa calificación y aceptación de su emisión por el Banco, lo que tampoco consta. Encontrándonos ante la ausencia de un aval individualizado a favor de los demandantes en la forma exigida por la Ley 57/68, aun cuando las partes expresamente pactan dicha suscripción mediante la constitución de una línea de avales, cuando no se suscribe respecto a los concretos compradores, su ausencia les priva de la garantía, y se considera incumplimiento esencial del contrato susceptible de resolución del contrato de compraventa, (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 20 de diciembre de 2010). Sin que, varíe esa conclusión sobre la cuestión debatida, aunque se acuda a la finalidad tuitiva que persigue la Ley 57/1968, sin permitir llegar a distinta solución, puesto que para alcanzarla era preciso su oportuna emisión, y en este caso no lo ha sido, eventualmente, por incumplimiento de la promotora, sin que, en consecuencia, se puedan imponer las consecuencias que contempla aquella Ley frente al que no está obligado frente a los actores, en su caso conforme a lo dispuesto en el artículo 1257-2º del CC. Con independencia de que fuera o no concedora la entidad crediticia de todos los contratos privados de compraventa y de la promoción, puesto que ello no implicaba sin más que existiera el compromiso del aval, máximo al no constar que los importes anticipados por la compraventa lo fueran a través de la demandada y menos aún en cuenta especial suscrita al efecto. Sin que se comparta la tesis del Juez *a quo*, pues la falta de los anteriores requisitos no permite que, en base a la protección al consumidor, se obligue la entidad bancaria a lo que no se ha comprometido, ante la falta del aval. Los anteriores razonamientos implican la estimación del recurso, con

la consiguiente desestimación de la pretensión dirigida contra Bankia S.A.».

5. La sentencia de apelación es ahora recurrida en casación por los demandantes, sobre la base de dos motivos de casación, que en realidad se reducen al primero, pues el segundo cumple la función de justificar el interés casacional.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo primero. El motivo se funda en la «infracción, en concepto de interpretación y aplicación errónea de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo e infracción de los artículos 1 y 7 de la Ley 57/1968, de 27 de julio».

En el desarrollo del motivo se razona que, aunque no se ha emitido el aval individualizado, basta la línea de avales, en este caso, para que responda el banco que la otorgó por las siguientes razones: primero, porque nos encontramos ante un aval impuesto por la Ley que tiene carácter solidario; en segundo lugar, se trata de una garantía impuesta también por Ley e irrenunciable para los cesionarios a los que no les pueden afectar los pactos suscritos entre avalista y promotora, en los que no fueron parte; y, en tercer lugar, porque no se puede ignorar que en el texto del aval se indica que se avala en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 57/1968, no siendo un aval ordinario sino especial.

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

2. Estimación del motivo primero. En este motivo se cuestiona si el banco con el que la promotora concertó una póliza colectiva de avales para garantizar las cantidades entregadas a cuenta, sin que se llegarán a otorgar los avales particulares a los compradores que entregaron dinero a cuenta, debe responder frente a dichos compradores de la devolución del dinero entregado a cuenta, ante el incumplimiento declarado de la promotora.

Esta cuestión, suscitada también en un supuesto en que resultaba de aplicación la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, ha sido resuelta por esta sala en la sentencia de Pleno 322/2015, de 23 de septiembre. La doctrina expuesta en esta sentencia es ahora jurisprudencia, pues ha sido reiterada por las sentencias posteriores 272/2016, de 22 de abril, y 626/2016, de 24 de octubre.

En la sentencia 322/2015, de 23 de septiembre, para evitar que pudiera quedar insatisfecha «la previsión de garantía contenida en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 57/68, porque bajo la apariencia de la garantía concertada en la póliza colectiva, cuya copia se entregaba al comprador, este no tiene por qué conocer que todavía debe recibir el aval individualizado y queda a merced de la mayor o menor diligencia del promotor solicitar los concretos certificados o avales individuales», interpretamos la referida norma legal en el siguiente sentido:

«En atención a la finalidad tuitiva de la norma [...], que exige el aseguramiento o afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta, y a que se ha convenido una garantía colectiva para cubrir las eventuales obligaciones de devolución de la promotora de las cantidades percibidas de forma adelantada de los compradores, cuya copia ha sido entregada junto con los contratos de compraventa, es posible entender

directamente cubierto el riesgo, sin que antes se haya emitido un certificado individual, respecto de lo que no tiene responsabilidad el comprador. No debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales.

» Por ello podemos entender en estos casos que: i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al art. 3 Ley 57/1968 ; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva».

Las circunstancias que varían en el presente caso respecto del citado precedente, que dio lugar a la citada jurisprudencia, son: cuando se contrató la adquisición de la vivienda, el 13 de febrero de 2007, no existía todavía la póliza colectiva, por lo que no se les entregó en ese momento ninguna copia de dicha póliza colectiva; la póliza colectiva se emitió un mes después, el 15 de marzo de 2007; y tres meses más tarde, el

12 de junio de 2007, los compradores requirieron del promotor la emisión del aval individualizado.

Estas circunstancias no deben impedir que podamos aplicar aquella doctrina jurisprudencial al presente caso, pues, bajo el principio tuitivo que conduce la interpretación y aplicación de la Ley 57/1968, la entidad bancaria que concertó la línea de avales debía conocer, o estaba en condiciones de hacerlo, los contratos de compraventa privada que ya se habían concertado, en garantía de cuyos pagos anticipados realizados por sus compradores se concertó la línea de avales, para emitir los correspondientes avales individualizados. Esto es, la entidad bancaria asumía una corresponsabilidad con el promotor de garantizar la eventual devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, en caso de incumplimiento de la obligación del promotor. En virtud de la cual no se admite que, en perjuicio del comprador al que no se le llegó a entregar el aval individualizado por parte del promotor, que no lo requirió al banco, este pueda escudarse en la ausencia

del aval individualizado para eximirse de responsabilidad y que los compradores queden privados de la protección prevista en la Ley 57/1968.

De ahí que también en el presente caso debemos entender que la obligación del promotor de devolver las cantidades entregadas a cuenta por los dos compradores demandantes, de la vivienda en la promoción respecto de la que se había concertado la póliza colectiva de avales con Caja Madrid, en caso de resolución por incumplimiento, estaba cubierta por la póliza colectiva, aunque no hubieran sido extendidos los avales individuales.

La sentencia recurrida es contradictoria con esta interpretación jurisprudencial, razón por la cual procede estimar el motivo, casar la sentencia recurrida y confirmar la de primera instancia.

Como consecuencia de la estimación del motivo primero, resulta innecesario analizar el motivo segundo de casación».