

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 65

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

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2672/2014] DE 1 DE MARZO DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Obligaciones y contratos.- Extinción de un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida: según doctrina jurisprudencial, para el cálculo de la indemnización por clientela debe utilizarse el «criterio del margen neto», de modo que deben tomarse como base del cálculo los ingresos netos del distribuidor -porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos-.

«El presente caso, con relación a un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida, plantea como cuestión de fondo, la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley de contrato de Agencia (LCA) respecto del derecho de indemnización por la clientela aportada.

2. En síntesis, la entidad Esjucri S.L. presentó contra la entidad Royal Canin Ibérica S.A. una demanda por la que solicitaba el pago de 794.431,33 euros en concepto de indemnización derivada por la aportación de clientela prevista en el artículo 28 LCA. Dicha cantidad fue determinada de conformidad con el informe pericial que acompañó a la demanda, en función de la media de las ganancias obtenidas durante los últimos cinco años por la distribución de los productos. En el desarrollo de la demanda alegó que venía dedicándose a la actividad de comercialización y distribución de productos de alimentación para animales domésticos. Que fruto de esa actividad mantuvo con la demandada una relación contractual por la que, desde hacía años (desde 1993), distribuía en exclusiva sus productos en las provincias de Valencia y Castellón. En esta línea, señaló que en 1998 fue resuelto dicho contrato con la indemnización por clientela del 5% de la facturación que había tenido durante los últimos años. No obstante, la relación contractual se reanudó a partir del año 2003, hasta que en 2010 recibió una notificación de la demandada por la que se le comunicaba la resolución de la relación contractual con base en el incumplimiento de la demandante. De forma que, no aceptando dicha resolución unilateral por incumplimiento, pasó a realizar la presente reclamación.

Por su parte, Royal Canin Ibérica S.A. se opuso a la demanda. Alegó que la buena evolución y crecimiento de la marca

estuvo ligada a la particular naturaleza de sus productos y a las innovaciones introducidas en los mismos. Que, en este contexto, la demandante fue una distribuidora sin pacto de exclusividad que compraba y revendía los productos asumiendo el riesgo que comportaba; resultando un competidor más en el mercado que no podía ser asimilado a la figura del agente. Destacó que la resolución del contrato se debió a que las compras estaban estancadas y no se cumplían los objetivos fijados por las partes.

3. De los hechos acreditados en la instancia, conviene destacar los siguientes.

I) Resulta acreditado que la demandante llevó a cabo una importante labor de comercialización de dichos productos en las zonas de Valencia y de Castellón, en condición de exclusividad.

II) Que, al término de la relación contractual, el empresario se benefició del esfuerzo de comercialización realizado por la demandante al encontrarse con una clientela fuerte y consolidada en los centros de compras (clínicas veterinarias, tiendas especializadas y criadores de animales).

III) Que la demandada, Royal Canin Ibérica S.A., operaba con una red de distribución por todo el territorio nacional, estableciendo la política comercial y de precios, y beneficiando con rappelés a las distribuidoras en función del cumplimiento de los objetivos establecidos. Que, a su vez, señalaba los canales de distribución donde quería que se vendiesen sus productos. Organizando encuentros anuales con el fin de preparar y afinar la red comercial, donde las distribuidoras participaban en las promociones de la marca al 50% y, asimismo, en el 50% en los rappelés con los que se beneficiaban a los mejores clientes.

IV) Que no existe prueba de que la demandada tuviera conocimiento de todos los clientes con los que operaba la demandante y que ésta, al término de la relación contractual, no colaboró con la demandada cuando le solicitó la relación de clientes, procediendo a la comercialización y distribución de los productos de otras marcas competidoras.

4. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Consideró que la demandante no había incurrido en un incumplimiento que justificase la resolución del contrato y que concurrían las circunstancias para aplicar por analogía el artículo 28 LCA. También aceptó la liquidación presentada por la demandante en su informe pericial.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó en parte el recurso y moderó la cantidad objeto de indemnización por clientela en la suma de 400.000 euros. Si bien calculó la indemnización tomando en consideración los ingresos brutos del distribuidor (criterio del margen bruto).

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación que han resultado inadmitidos. Por su parte, la demandada Royal Canin Ibérica S.A. ha interpuesto recurso de casación que ha sido admitido.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Contrato de distribución en exclusiva. Aplicación analógica del artículo 28 LCA. Cálculo de la indemnización en función de los ingresos netos del distribuidor (criterio del margen neto).

1. La parte demandada, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

2. En el primer motivo, denuncia la infracción por indebida aplicación del artículo 28 LCA, en relación con los artículos 4.1 y 1.258 del Código Civil, y de la jurisprudencia que los interpreta, respecto de la aplicación analógica del artículo 28 LCA realizada por la sentencia recurrida. En su desarrollo sostiene que dicha sentencia, tras constatar la integración del distribuidor en una red comercial, estima que procede la aplicación analógica del artículo 28 LCA y le concede la indemnización cuando no basta «con la mera existencia de una red comercial ni conductas genéricas de ésta, sino que se requiere una posición significativamente semejante a la de un agente», siendo tal valoración eminentemente jurídica. Los hechos probados demuestran que Esjucrí es un caso paradigmático de un distribuidor competidor alejado de la posición auxiliar y accesorio de un agente, que no se ve desplazado al finalizar la relación. De hecho, Esjucrí prosigue con su actividad propia y autónoma como distribuidor, compitiendo con la demandada con la misma clientela, ya que inicia la distribución de los productos de Nestlé y Hills, que son dos empresas que compiten directamente con la demandada.

3. El motivo debe ser desestimado.

En primer lugar, no puede sustentarse que la sentencia recurrida, en contra de la doctrina jurisprudencial de esta sala, contenida entre otras en la STS 404/2015 de 9 de julio (RJ 2015, 4321), haya realizado una mera aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al presente caso del contrato de distribución. Por el contrario, la sentencia recurrida identifica y valora aquellas circunstancias que justifican la citada aplicación analógica del artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia. Especialmente destaca la posición auxiliar y accesorio de la empresa distribuidora en el diseño y comercialización de los

productos, el carácter de exclusividad de la relación, su integración en una red nacional operada por el empresario y el beneficio tenido por éste con el aporte de clientela.

En segundo lugar, el motivo debe ser desestimado porque, en el fondo, la recurrente cuestiona, de un modo improcedente, la base fáctica acreditada en la instancia.

4. En el motivo segundo, con carácter subsidiario, la recurrente denuncia la infracción del artículo 28.3 LCA, en relación con los artículos 4.1 y 1.258 del Código Civil, respecto de los criterios que deben aplicarse para la determinación del importe de la indemnización derivada de la aportación de la clientela. Considera que, la sentencia recurrida, al seguir el informe pericial de la demandante, ha asumido de forma mecánica el criterio del «margen bruto» del importe objeto de indemnización y no el que realmente corresponde en atención al «margen neto» de dicho importe. Sobre todo, teniendo en cuenta que el distribuidor ha continuado con su actividad como operador autónomo de la demandada y con la distribución de productos de la competencia.

5. El motivo debe ser estimado.

Con relación al criterio de «margen bruto» o «neto» que debe seguirse para el cálculo de la indemnización por clientela en el contrato de distribución, esta sala se ha pronunciado en la sentencia 356/2016, de 30 de mayo (RJ 2016, 2293), en los siguientes términos:

«[...] Pero dicha sentencia 39/2010, más allá de remitirse a la de 22 de junio de 2007, para caracterizar que en el contrato de distribución la remuneración está constituida por la diferencia del precio de compra y el precio de reventa, no es concluyente sobre si dicho cálculo ha de hacerse sobre diferencias brutas o netas. No obstante, sí hay jurisprudencia que considera que en el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el citado artículo 28 LCA, pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor (21 marzo 2007), esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público (20 mayo). Cuyo importe tendrá el carácter de máximo».

En el presente caso, la sentencia recurrida establece dicho cálculo de acuerdo con el criterio de «margen bruto». Por lo que se opone a la doctrina jurisprudencial expuesta y dicho criterio debe ser sustituido por el criterio de «margen neto». En este sentido, si la Audiencia Provincial calculó la indemnización sobre la toma en consideración de los ingresos brutos del distribuidor, habrá que proceder a recalcularla, en ejecución de sentencia, de forma que la indemnización por clientela se calcule en la misma

proporción fijada por la Audiencia Provincial, pero tomando como base los ingresos netos del distribuidor».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2321/2014] DE 15 DE MARZO DE 2017 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Concurso de acreedores.- La masa pasiva: subordinación del crédito de la sociedad acreedora que forme parte del mismo grupo que la concursada. A estos efectos, el hecho de que las sociedades no tengan una relación de jerarquía dentro del grupo porque ambas sean sociedades dominadas no significa que nos encontremos ante un grupo horizontal o paritario: si existe control habrá grupo a efectos concursales, aunque las sociedades implicadas sean ambas filiales o dominadas, y aunque ese control sea ejercido indirectamente por una persona física o jurídica que no es una sociedad mercantil.

«En el concurso de acreedores de Cubigel Compressors S.A.U. (en lo sucesivo, Cubigel) la administración concursal calificó el crédito de Koxka Technologies S.L.U. (en lo sucesivo, Koxka) como subordinado, con base en el art. 92.5, en relación con el 93, ambos de la Ley Concursal. El crédito tiene un importe de 2.181.710 euros, de los que 888.770,19 euros corresponden a un préstamo y 1.499.940 euros, a rentas de un contrato de arrendamiento de maquinaria.

2.- Koxka formuló demanda incidental en la que impugnó la lista de acreedores y, en concreto, la calificación de su crédito como subordinado.

3.- El Juzgado Mercantil desestimó esta impugnación. Consideró que tanto la concursada, Cubigel, como su acreedora, Koxka, son sociedades unipersonales que pertenecen al mismo grupo, denominado AIAC, en cuya cúspide aparece una persona, D. Jesus Miguel, que es titular del 65% y el 79%, respectivamente, del capital social de las sociedades tenedoras del 100% de las sociedades deudora y acreedora, respectivamente, por lo que dispone de los mecanismos societarios que le permiten adoptar cualquier decisión tanto en una como en otra sociedad. Ambas sociedades comparten el mismo administrador societario, una sociedad mercantil, que ha designado a una misma persona física como representante. Los principales ejecutivos de ambas sociedades disponen de poderes cruzados que les permiten indistintamente actuar en nombre de una u otra sociedad. Todos estos factores permiten afirmar que existe unidad de acción y una clara situación de control a partir de la cabecera del grupo. Que Cubigel y Koxka se encuentren en una relación horizontal no impide la aplicación de la subordinación del crédito por tratarse de personas especialmente relacionadas, pues el propio art. 25.bis.3 de la Ley Concursal, al regular la competencia para conocer de los concursos acumulados de

sociedades integradas en un grupo, prevé el caso en que la sociedad dominante no hubiera sido declarada en concurso y solo lo hubieran sido las sociedades filiales. El art. 93.2-3º de la Ley Concursal, al regular qué debe entenderse por personas especialmente relacionadas con el deudor, no limita dicha calificación a las sociedades que se encuentren en una relación vertical, dominante-dominada, sino que la extiende a sociedades situadas en el mismo plano, pues lo importante es que exista un control directo o indirecto sobre las sociedades, aunque las relaciones entre acreedor y deudor concursado se produzcan en el plano horizontal.

4.- Koxka interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso y calificó su crédito como ordinario.

La Audiencia Provincial consideró que tras la reforma del art. 42 del Código de Comercio por la Ley 16/2007, de 4 de julio, para determinar cuando existe grupo de sociedades se ha sustituido el criterio de la unidad de dirección por el del control societario, esto es, que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Esto excluye a los grupos paritarios.

Dado que la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, establece que a los efectos de la Ley Concursal se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el art. 42.1 del Código de Comercio, la actual redacción de dicho precepto excluye de su ámbito de aplicación los grupos horizontales, paritarios o por coordinación que se asientan en la idea de unidad de decisión. Añade la sentencia de la Audiencia Provincial: «En el presente caso, como señala la sentencia apelada, la relación entre las sociedades en litigio es horizontal. Las dos sociedades están participadas por un accionista mayoritario y comparten órgano de administración. No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42 [del Código de Comercio]. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso».

Dado que la situación de control la ejerce una persona física, por lo que no consta que ninguna de las personas o sociedades integrantes del grupo, en sentido amplio, haya consolidado cuentas, no concurre el supuesto de hecho que permite calificar el crédito de Koxka como subordinado.

5.- A la sentencia de la Audiencia Provincial se formuló un voto particular. El magistrado discrepante consideró que la remisión que la Ley Concursal hace al concepto de grupo del art. 42.1 del Código de Comercio debe entenderse referida a sus principios, esto es, a la idea del control directo o indirecto, pero no a todo el contenido de la norma, como es el relativo a la exigencia de formular cuentas consolidadas. Para apreciar la existencia de grupo entre dos sociedades no es indispensable que una de ellas tenga el carácter de

sociedad dominante, pues puede apreciarse la existencia de grupo entre sociedades dominadas. Lo relevante es que existe un conjunto de sociedades que actúan en el mercado bajo un control, real o potencial, directo o indirecto. Dada la finalidad tuitiva de la regulación legal del grupo de sociedades, resultaría defraudada si bastara con colocar en la cabecera a una persona física para eludir su aplicación, y recordó, a tal efecto, la mención a las personas físicas que hace el art. 42.6 del Código de Comercio. Por tanto, solo quedarían fuera del concepto legal de grupo de sociedades los grupos por coordinación, en los que no exista una situación de dominio por alguien que tenga el control de las sociedades que lo integran.

6.- El administrador concursal de Cubigel ha interpuesto recurso de casación, basado en un motivo.

SEGUNDO.- Formulación del motivo del recurso de casación.

1.- El único motivo del recurso de casación se encabeza así:

«Infracción del art. 92-5º de la LC, puesto en relación con el art. 93.2-3º LC y disposición adicional sexta».

2.- En el desarrollo del motivo, el recurrente alega que lo relevante para determinar la existencia de un grupo de sociedades es, exclusivamente, el criterio legal de control, real o potencial, directo o indirecto. La remisión que la disposición adicional sexta de la Ley Concursal hace al art. 42.1 del Código de Comercio supone que separa expresamente el concepto de grupo de sociedades desde el punto de vista concursal del concepto de sociedades para consolidación contable, pues la finalidad no es la misma. Por tal razón, se debe excluir de la remisión aquella parte de la norma que tiene como finalidad el deber de consolidar.

En el supuesto objeto del recurso, las sociedades concursada y acreedora son dos sociedades unipersonales, cuyo socio único es a su vez controlado por una persona física, que tiene el 65% y el 79%, respectivamente, de esas sociedades que a su vez constituyen el socio único de la acreedora y de la deudora concursada. Existe, por tanto, un efectivo control por parte de la sociedad acreedora sobre la concursada, al coincidir el administrador y los gestores de una y otra sociedad, que tomaban las decisiones según el interés del grupo.

Como conclusión, se alega en el recurso que la acreedora es persona especialmente relacionada con la concursada por estar integradas en el mismo grupo societario, por lo que el art. 92.5, con relación al 93.2-3º, ambos de la Ley Concursal, impone la calificación de crédito subordinado del que ostenta Koxka frente a la concursada.

TERCERO.- Decisión de la sala. El grupo de sociedades a efectos del concurso. Subordinación de créditos en una situación en la que la concursada y la acreedora se encuentran sometidas al control de una persona física.

1.- Este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el grupo de sociedades a efectos del concurso en las sentencias 738/2012, de 13 de diciembre, y 134/2016, de 4 de marzo.

En estas sentencias afirmamos que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo la actual disposición adicional sexta de la Ley Concursal, según la cual «a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio».

Con esta remisión, la noción de grupo viene marcada en toda la Ley Concursal, no por la existencia de una «unidad de decisión», sino por la situación de control, tal y como prevé el art. 42.1 del Código de Comercio, tras la reforma de la Ley 16/2007, de 4 de julio, cuyo párrafo segundo afirma que «existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras». Para facilitar la labor de detección de estos supuestos, pero sin ánimo exhaustivo, el precepto afirma: «En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

»a. Posea la mayoría de los derechos de voto

»b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

»c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

»d. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado».

Tras la reforma del art. 42 del Código de Comercio por la Ley 16/2007, de 4 de julio, el grupo de sociedades viene caracterizado por el control que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, una sobre otra u otras. Con esta referencia al control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras, se extiende la noción de grupo más allá de los casos en que existe un control orgánico, porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales). Se extiende también a los casos de control indirecto, por ejemplo, mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control, sobre la política

financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo. Y la noción de «control» implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales. Para ilustrar el contenido de estas facultades, sirve la mención que en la doctrina se hace al Plan General Contable, parte segunda, norma 19, que, al definir las «combinaciones de negocios», se refiere al «control» como «el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades».

2.- Que, a efectos de la Ley Concursal, la remisión al art. 42.1 del Código de Comercio suponga que solo tenga la consideración de grupo societario el que ha venido a denominarse grupo «jerárquico» y queden excluidos los grupos «paritarios», «horizontales» o «por coordinación», no supone que, para que la existencia del grupo tenga trascendencia en el concurso, necesariamente tenga que estar involucrada en el concurso la sociedad dominante, bien porque se tramiten como concursos conexos los de la dominante y de una o varias dominadas, bien porque se plantee la subordinación del crédito de la sociedad dominante en el concurso de la dominada (o del crédito de la sociedad dominada en el concurso de la dominante), o porque el acto dispositivo a título oneroso que pretende rescindirse haya sido realizado por la sociedad concursada en favor de la sociedad dominante del grupo (o, si el concurso lo fuera de la sociedad dominante, que hubiera sido realizado en favor de una sociedad dominada).

Por el contrario, son aplicables las previsiones de la Ley Concursal relativas al grupo de sociedades (bien porque los preceptos correspondientes tengan en cuenta directamente la existencia de grupo, como es el caso de los arts. 25 y 25.bis, bien porque hagan referencia a las personas especialmente relacionadas con el deudor entre las que se encuentran las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso por preverlo así el art. 93.2-3ª de la Ley Concursal, como es el caso de los arts. 71.3-1º o 92.5 de la Ley Concursal, entre otros) también cuando las sociedades involucradas son todas ellas sociedades filiales o dominadas dentro del grupo. Así, el art. 25.bis.3 de la Ley Concursal establece reglas de competencia para el caso de acumulación de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo cuando una de las sociedades en concurso es la dominante, pero también cuando la sociedad dominante no está declarada en concurso y, por tanto, las sociedades integrantes del grupo que están declaradas en concurso son ambas sociedades filiales o dominadas.

3.- En el caso objeto del recurso, que las sociedades involucradas en el concurso (una como concursada y la otra como acreedora) no tengan entre sí una relación de jerarquía dentro de un grupo porque ambas sean sociedades dominadas, no significa que nos encontremos ante un grupo horizontal o paritario. Si existe control, en el sentido establecido en el art. 42.1 del Código de Comercio, hay grupo a efectos de la Ley Concursal, aunque las sociedades

involucradas en la situación concursal sean ambas filiales o dominadas, y son aplicables las previsiones de la Ley Concursal relativas al grupo de sociedades.

Por tanto, esa circunstancia no sería obstáculo para que se considerara que Koxka tiene la condición de persona especialmente relacionada con la concursada.

4.- La cuestión más controvertida que se plantea en este recurso, y que no ha sido abordada con anterioridad por esta sala, estriba en que quien ejerce el control sobre la sociedad concursada y sobre la sociedad acreedora no es una sociedad mercantil sino una persona física.

Como se ha expuesto en los antecedentes del caso, tanto la concursada, Cubigel, como su acreedora, Koxka, son sociedades unipersonales. Sus respectivos socios únicos son, a su vez, sociedades mercantiles cuyo capital social pertenece en un 65% y 79%, respectivamente, a una persona física, D. Jesús Miguel. Esta persona física dispone por tanto de los mecanismos societarios para adoptar cualquier decisión tanto en la sociedad concursada como en la sociedad acreedora, por lo que ejerce control sobre Cubigel y Koxka en el sentido del art. 42.1 del Código de Comercio.

Ambas sociedades comparten el mismo administrador societario, una sociedad mercantil, que ha designado a una misma persona física como representante. Los principales ejecutivos de ambas sociedades disponen de poderes cruzados que les permiten indistintamente actuar en nombre de una u otra sociedad.

Por tanto, la situación de control mediante mecanismos societarios es clara, aunque el control ejercido sobre la deudora y la acreedora por la persona física que se encuentra en la cúspide del grupo sea indirecto, puesto que se ejercita a través de otras sociedades, que son las socias únicas de las sociedades deudora y acreedora y que, a su vez, están participadas mayoritariamente por esa persona física. Pero esa persona física dispone de la mayoría de los derechos de voto de las socias únicas de las sociedades involucradas en el concurso, una como deudora y otra como acreedora.

5.- Si existe control, en este caso mediante mecanismos societarios como es la titularidad mayoritaria del capital social de las sociedades que son socias únicas de las sociedades deudora y acreedora, no puede decirse que estemos ante un grupo horizontal o por coordinación, excluido del concepto de grupo societario del actual art. 42.1 del Código de Comercio, por el hecho de que ese control sea ejercido por una persona física o jurídica que no es una sociedad mercantil. Sigue siendo control societario, plasmado en la disponibilidad de la mayoría de los derechos de voto de la dominada, situación prevista en el art. 42.1.a del Código de Comercio como una de las que hacen presumir la existencia de control.

6.- La controversia se plantea en torno a si al ser una persona física la que ejerce tal control sobre varias sociedades, en concreto la concursada y su acreedora, puede considerarse que estas se encuentran integradas en un grupo de sociedades a efectos del concurso y, por tanto, la sociedad acreedora tiene la condición legal de persona especialmente relacionada con la sociedad concursada, o si al no ejercitarse el control por una sociedad mercantil sino por una persona física, no existe grupo de sociedades a efectos del concurso y, por tanto, la sociedad acreedora no es una persona especialmente relacionada con la deudora y su crédito no debe subordinarse.

7.- Este tribunal considera que la remisión de la disposición adicional sexta de la Ley Concursal al art. 42.1 del Código de Comercio se refiere al criterio determinante de la existencia del grupo de sociedades, esto es, el criterio del control, sea actual o potencial, directo o indirecto, establecido en tal precepto. Esta remisión permite excluir del concepto de grupo, a efectos del concurso, a los grupos paritarios, horizontales o por coordinación, que antes de la reforma operada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, eran también considerados grupos societarios, a efectos del art. 42 del Código de Comercio y de las normas que se remitían a tal precepto, cuando existía una «unidad de dirección». Solo entra dentro del concepto legal de grupo de sociedades los de carácter jerárquico. Pero para que exista grupo de sociedades no es necesario que quien ejerce o puede ejercer el control sea una sociedad mercantil que tenga la obligación legal de consolidar las cuentas anuales y el informe de gestión.

8.- El art. 42 del Código de Comercio, y en concreto su apartado primero, es una norma ubicada en el título del Código de Comercio que regula las obligaciones contables y los libros de los empresarios (arts. 25 a 50), no en el título primero del libro segundo, dedicado a las compañías mercantiles, que contiene las disposiciones generales de la regulación de estas compañías. Es por ello que, por razones sistemáticas, ha de interpretarse que el precepto contiene elementos que solo son relevantes a efectos contables y que, por tanto, son irrelevantes a otros efectos cuando una norma legal se remite a ella para definir qué debe entenderse como grupo de sociedades, como es el caso de la disposición adicional sexta de la Ley Concursal.

9.- Las obligaciones contables de las sociedades mercantiles son diferentes de las que afectan a otros empresarios, como por ejemplo los empresarios personas físicas.

El art. 34.1 del Código de Comercio impone a todo empresario la obligación de formular las cuentas anuales de su empresa al cierre del ejercicio. De esta obligación no quedan excluidos los empresarios personas físicas, sin perjuicio de que el control que se haga del cumplimiento de esta obligación sea en la práctica mucho menor que en el caso de las sociedades mercantiles.

Pero los empresarios personas físicas no tienen obligación de dar publicidad de sus cuentas anuales. El art. 365 del Reglamento del Registro Mercantil impone a las sociedades mercantiles la obligación de dar publicidad a sus cuentas anuales mediante su depósito en el Registro Mercantil. Los empresarios individuales están exentos de esta obligación de depósito, puesto que ni siquiera es obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil, salvo que se trate de navieros (art. 19 del Código de Comercio).

La consolidación de cuentas por parte de la sociedad dominante tiene por finalidad preservar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad dominante, pues la existencia del grupo de sociedades puede distorsionar gravemente la imagen fiel de esta situación si no se consolidan las cuentas.

Esta finalidad se engarza directamente con la función de la publicidad que es consecuencia del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil. Por eso se impone a la sociedad dominante la obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, a fin de que quienes los consulten puedan tener un conocimiento cabal del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la sociedad dominante. Y para determinar cuándo concurre esa obligación, el precepto define qué ha de entenderse por grupo de sociedades.

10.- Por tanto, el primer inciso del precepto solo tiene por finalidad determinar quién está obligado a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, obligación que afecta exclusivamente a las sociedades mercantiles que ejerciten el control en un grupo societario de carácter jerárquico y por tal razón sean consideradas como sociedades dominantes.

La segunda parte del precepto es la relevante a efectos de la remisión contenida en la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, no la primera, que solo tiene una finalidad contable irrelevante para el concurso.

11.- Si existe control, en el sentido definido en el art. 42.1 del Código de Comercio, para que exista un grupo societario a efectos de la Ley Concursal, es indiferente que en la cúspide del grupo se encuentre una sociedad mercantil (que tendría la obligación contable de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados) o algún otro sujeto (persona física, fundación, etc.) que no tenga esas obligaciones contables.

Las razones que justifican un determinado tratamiento a los concursos en los que están involucradas sociedades sujetas a control, en el sentido del art. 42.1 del Código de Comercio, y que afectan a cuestiones tales como la acumulación de concursos, incompatibilidades para desempeñar el cargo de administrador concursal, acciones de reintegración, subordinación de créditos, etc., concurren tanto cuando en la cima del grupo, ejercitando el control, se encuentra una sociedad mercantil como cuando se encuentra una persona

física o una persona jurídica que no sea una sociedad mercantil, como por ejemplo una fundación.

12.- De considerar que la remisión que la disposición adicional sexta hace al art. 42.1 del Código de Comercio para determinar el concepto de grupo societario incluye la exigencia de que quien ejerce (o puede ejercer) el control sea una sociedad, se estarían excluyendo a grupos con un protagonismo importante en la vida económica en los que tal control es ejercido por una persona física o por una fundación.

Carece de justificación que en un concurso de una sociedad integrada en un grupo en el que una de estas fundaciones o una persona física ejerce el control, otra sociedad integrada en el grupo no sea considerada como persona especialmente relacionada con la concursada, o que no se tramiten acumuladamente los concursos de dos sociedades integradas en uno de estos grupos, simplemente porque en la cabecera del grupo se encuentra una fundación o una persona física y no otra sociedad.

13.- El propio art. 42, en su apartado 6, prevé la posibilidad de aplicar lo previsto en esa sección a los supuestos en que cualquier persona física o jurídica, distinta de la prevista en el apartado 1, formule y publique cuentas consolidadas, por lo que la situación de control sobre sociedades mercantiles puede ejercerse también por personas físicas o personas jurídicas que no sean sociedades mercantiles, sin perjuicio de que en este caso la consolidación de cuentas por parte de la persona física o jurídica dominante sea voluntaria.

14.- Las razones que justifican el tratamiento como persona especialmente relacionada con el deudor de la sociedad perteneciente al mismo grupo, y que determinan la calificación de su crédito como subordinado, concurren plenamente en el presente caso.

La posibilidad de que el acreedor, al ser una sociedad sometida al mismo control que la sociedad deudora, pueda tener una información privilegiada sobre la situación del deudor, que haya podido tener alguna influencia en su actividad, o que la financiación otorgada por esa sociedad del grupo intente paliar la infracapitalización de la sociedad deudora, que son las principales razones de que sus créditos se posterguen respecto de los de acreedores que no tengan la calificación de personas especialmente relacionadas, son circunstancias que concurren plenamente en un supuesto como el que es objeto del recurso, en el que una persona física controlaba a la deudora y a la acreedora, hasta el punto de que ambas sociedades tenían el mismo administrador y sus ejecutivos tenían poderes cruzados para actuar indistintamente en nombre de una y otra.

15.- De acuerdo con lo razonado hasta ahora, la acreedora Koxka tiene la condición de persona especialmente relacionada con la concursada porque ambas están integradas en un grupo societario, sometidas al control de

una persona física. Por ello, su crédito frente a la concursada debe ser calificado como crédito subordinado.

Lo expuesto determina que la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser revocada, el recurso de apelación, desestimado, y la sentencia del Juzgado Mercantil, confirmada».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 7/2017] DE 4 DE ABRIL DE 2017 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Consumidores y usuarios: carácter abusivo de la cláusula suelo incluida en un contrato de préstamo hipotecario.- Revisión de sentencias por oposición al Derecho de la Unión europea en relación con las consecuencias de la nulidad de la cláusula abusiva: una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha posterior a la sentencia cuya revisión se insta no es un documento que permita la revisión de una sentencia firme, de modo que ha de prevalecer el efecto de cosa juzgada de la sentencia firme dictada con anterioridad. Ni el principio de efectividad ni el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea imponen esa revisión.

«En el año 2015, D^a Lidia y D. Alfredo formularon una demanda contra Banco Popular Español S.A. en la que solicitaron que se declarara la nulidad de la «cláusula suelo» del préstamo hipotecario que habían concertado con ese banco, y se condenara a este a devolverles todo lo cobrado indebidamente por la aplicación de tal cláusula.

2.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torremolinos, al que correspondió el conocimiento de la demanda, dictó la sentencia 179/2016, de 31 de octubre, cuyo fallo dispuso:

«Que, estimando parcialmente la demanda formulada por Dña. Lidia y D. Alfredo, representados por la Procuradora Sra. Muñoz Burrezo, contra la entidad Banco Popular Español S.A., representada por el Procurador Sr. Domingo Corpas, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de las cláusulas 3.3 y 3.4.g) del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de litis, de fecha 15/11/2005, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3,25 % fijado en aquella, ni de la cláusula techo fijada en 7,5 %; así como DEBO CONDENAR Y CONDENO a la expresada parte demandada a recalcular las cuotas satisfechas en el préstamo, desde el 09/05/2013 hasta la última cuota abonada, aplicando el tipo de interés pactado en cada momento y el diferencial pactado; y a la devolución del importe resultante de la diferencia entre la cantidad abonada conforme a la cláusula de límite mínimo de tipo de interés y la que realmente hubiera abonado sin ésta, de conformidad con lo resuelto, esto es, desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013. Ello sin expresa imposición de costas».

3.- La sentencia adquirió firmeza el 2 de diciembre de 2016, al no ser recurrida.

4.- El 18 de enero de 2017, D^a Lidia y D. Alfredo han presentado ante esta sala demanda de revisión contra dicha sentencia.

Argumentan que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo, consideró que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula.

Por esta razón, al haberse declarado la nulidad, por abusiva, de la cláusula suelo en la sentencia dictada por el juzgado, lo procedente hubiera sido la condena a la devolución de la totalidad de las cantidades cobradas de más por la aplicación de esta cláusula abusiva, desde que la misma entró en juego tras la caída drástica del Euribor en el año 2009, y no solamente de las cobradas a partir de la notificación de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

También consideran que el banco demandado debe ser condenado al pago de las costas ya que, antes de la demanda judicial, la parte demandante intentó de forma amistosa conseguir las pretensiones que finalmente se obtuvieron en sede judicial.

Como motivo de revisión invocan el art. 510.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «Habrà lugar a la revisión de una sentencia firme: Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado».

SEGUNDO.- Decisión de la sala (I). Una sentencia posterior no tiene la consideración de «documento recobrado» en el que pueda fundarse una demanda de revisión.

1.- La cuestión que se plantea en la presente demanda de revisión no es nueva para esta sala, aunque sí es la primera vez que se plantea con relación a los efectos restitutorios de la nulidad de una cláusula suelo declarada nula por no superar el control de transparencia y las consecuencias que pueden atribuirse a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) de 21 de diciembre de 2016 respecto de los litigios terminados por sentencia firme.

2.- Esta Sala, en sus sentencias de 13 de diciembre de 2012, revisión núm. 38/2010, de 11 de mayo de 2016, revisión núm. 40/2014, y las que en ellas se citan, y autos de 25 de marzo de 2014, revisión núm. 63/2013, y de 28 de enero de 2015, revisión núm. 24/2014, al delimitar el concepto de «documento decisivo» relevante para la aplicación del art. 510.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha declarado que,

para que pueda prosperar este motivo de revisión, se requiere:

a) que los documentos se hayan obtenido (o, en su caso, recobrado) después de pronunciada la sentencia firme cuya rescisión se pretende;

b) que no se haya podido disponer de los documentos para el proceso en que recayó dicha sentencia, por causa de fuerza mayor (o, en su caso, por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia);

c) que se trate de documentos decisivos para el pleito, estos, con valor y eficacia para resolverlo.

3.- También hemos declarado que el documento recobrado ha de tener existencia con anterioridad al momento en que precluyó la posibilidad de aportarlo al proceso, en cualquiera de las instancias, ya que la causa de que el demandante de revisión no haya podido disponer de él ha de ser, en la previsión legal, no su inexistencia en aquel momento, sino la fuerza mayor o la actuación de la otra parte (sentencia de 22 de diciembre de 2010, revisión núm. 29/2007, que cita las de 4 de mayo de 2005, 31 de marzo de 2006, 26 de febrero de 2007 y 18 de marzo de 2009, y auto de 4 de marzo de 2015, revisión núm. 59/2014, entre otros).

4.- Para resolver sobre la admisión a trámite de esta demanda de revisión tiene especial relevancia lo declarado por este tribunal sobre el valor de una sentencia posterior como «documento» a efectos del art. 510.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre esta cuestión, hemos declarado que una sentencia posterior a la resolución cuya revisión se pretende no tiene la consideración de «documento recobrado» a los efectos previstos en el art. 510.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En la sentencia de 25 de enero de 2005, revisión núm. 66/2003, declaramos:

«Una sentencia posterior no es un documento decisivo a los efectos de motivar la revisión de una sentencia firme; no cabe su consideración de documento recobrado u obtenido, del que no haya podido disponerse por fuerza mayor o por obra de la otra parte».

Esta afirmación se reiteró en la sentencia de 11 de mayo de 2007, revisión núm. 78/2005, y en los autos de 27 de abril de 2010, revisión núm. 51/2009, de 2 de diciembre de 2014, revisión núm. 48/2014, de 3 de noviembre de 2016, revisión núm. 33/2016, de 9 de marzo de 2016, revisión núm. 76/2015, y de 22 de febrero de 2017, revisión núm. 54/2016.

TERCERO.- Decisión de la sala (II). Los efectos de una sentencia del TJUE posterior a la sentencia cuya revisión se insta.

1.- La sentencia 81/2016, de 18 de febrero, dictada en la revisión núm. 67/2013, se pronunció sobre los efectos que en un proceso de revisión podían atribuirse a una sentencia del TJUE en la que se estableciera una doctrina incompatible con la sentada en una sentencia anterior dictada por esta sala y que, por tanto, obligara a modificar la jurisprudencia que hasta ese momento se hubiera seguido sobre esa materia. Por tanto, ya nos hemos pronunciado sobre la cuestión que se plantea en la presente demanda de revisión.

2.- En esa sentencia de referencia, declaramos que una sentencia del TJUE de fecha posterior a la sentencia cuya revisión se insta no es un documento que permita la revisión de una sentencia firme conforme al art. 510.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que ha de prevalecer el efecto de cosa juzgada de la sentencia firme dictada con anterioridad.

3.- La sentencia analiza la doctrina del TJUE sobre esta materia, del siguiente modo:

«CUARTO.- La posibilidad de revisión de una sentencia firme a consecuencia de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha posterior.

» 1.- Este problema ha sido sometido a consideración del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, generalmente mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos judiciales nacionales. El primer pronunciamiento del Tribunal Europeo tuvo lugar en la sentencia de 13 de enero de 2004 (C-453/00), caso Kühne & Heitz. La cuestión de fondo se refería a la posibilidad de revisar un acto administrativo firme (de naturaleza tributaria) como consecuencia de una sentencia posterior del TJUE, concretamente, la sentencia del caso Voogd Vleesimport en -export, C-151/93. La respuesta del TJUE fue afirmativa, siempre y cuando la legislación nacional permita tal revisión de un acto administrativo firme. Esta doctrina fue reiterada en dos casos similares, en las sentencias de 12 de febrero de 2008, asunto C-2/06, caso Kempter, y 13 de marzo de 2008, asunto C-383/06, caso Vereniging.

» 2.- Por el contrario, cuando se trató de revisar una sentencia firme, el Tribunal, en la sentencia de 16 de marzo de 2006, asunto C-234/04, caso Kapferer, sostuvo, tras resaltar la importancia de la cosa juzgada en un sistema presidido por el valor de la seguridad jurídica, que el Derecho comunitario no impone la revisión de las sentencias firmes cuando tal posibilidad no está prevista en la normativa procesal nacional (como sucedía en el país del que provenía el asunto, Austria). Al mismo tiempo, recordó que las legislaciones procesales internas deben respetar los principios de equivalencia y efectividad.

» 3.- La sentencia de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08, caso Olimpiclub, no trató propiamente la posibilidad de revisar una sentencia firme, sino la extensión de la cosa juzgada a casos posteriores, prevista en el Derecho italiano en un régimen similar al de la cosa juzgada positiva o

prejudicial del Derecho español. No obstante, en dicha sentencia afirma textualmente:

»"22. A este respecto, procede recordar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de fuerza de cosa juzgada. En efecto, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos (sentencias de 30 de septiembre de 2003, Kóbler, C-224/01, Rec. p. 1-10239, apartado 38, y de 16 de marzo de 2006, Kapferer, C-234/04, Rec. p. 1-2585, apartado 20).

»23. Por consiguiente, el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario por la decisión en cuestión (véase la sentencia Kapferer, antes citada, apartado 21)".

» 4.- De lo expuesto, cabe concluir que la jurisprudencia del TJUE no ha desarrollado una doctrina acerca del problema de la revisión de resoluciones administrativas y judiciales firmes que permita afirmar que una sentencia posterior de dicho Tribunal posibilite revisar una sentencia firme dictada por un tribunal español».

4.- En esa misma sentencia, declaramos también que el ordenamiento jurídico español no contiene una previsión legal que permita revisar una sentencia firme porque con posterioridad se haya dictado por el TJUE una sentencia que sea incompatible con la sentencia nacional devenida firme.

Sobre esta cuestión, afirmamos:

«5.- En nuestro ordenamiento jurídico no existe previsión legal respecto a dicha posibilidad de revisión. El legislador español ha tenido ocasión reciente de hacerlo, y sin embargo únicamente ha previsto un mecanismo especial de revisión cuando se trata de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (apartado 2 del art. 510 LEC, en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio) pero no ha incluido igual solución para las sentencias del TJUE».

5.- En efecto, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, reformó el art. 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil e incluyó un apartado 2, en el que se establece:

«Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha

sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas».

6.- Esta reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil es simultánea a la introducción de un art. 5 bis en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone:

«Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.»

7.- La justificación de la reforma legislativa se contiene en el preámbulo de la citada Ley Orgánica 7/2015, en el que se afirma:

«Se incluye, también, una previsión respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus Protocolos, estableciéndose que serán motivo suficiente para la interposición del recurso de revisión exclusivamente de la sentencia firme recaída en el proceso "a quo". Con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución».

8.- Según la citada sentencia 81/2016, no cabe la extensión de esta posibilidad de revisión a los supuestos en que la sentencia no haya sido dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sino por el TJUE, no solo porque el legislador, pese a poder haberlo hecho, no ha previsto tal posibilidad, sino también porque la justificación de la reforma radica en la salvaguarda de los derechos fundamentales, único supuesto en que parecería razonable una excepción al principio de la cosa juzgada, tan importante para el correcto funcionamiento de la administración de justicia en una sociedad democrática.

QUINTO (sic).- Decisión de la sala (III). Previsiones legales en la jurisdicción social y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para supuestos similares.

1.- La trascendencia de una sentencia del TJUE en la que se establezca una doctrina incompatible con la mantenida hasta ese momento por un tribunal español, y en concreto por el Tribunal Supremo, consiste, en lo que aquí interesa, en que la jurisprudencia nacional debe modificarse para adaptarse a la jurisprudencia del TJUE.

Tal modificación es una exigencia de la integración de España en la Unión Europea, de la cesión del ejercicio de la soberanía que esta integración conlleva y de la función del TJUE como máximo intérprete del Derecho de la Unión. Por tales razones la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ha introducido el nuevo art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.- Los cambios jurisprudenciales afectan a todas las ramas del ordenamiento y resulta de interés recordar alguna previsión legal ajena a la jurisdicción civil que regule las consecuencias que tales cambios pueden tener sobre resoluciones firmes anteriores.

En el orden jurisdiccional social, los arts. 218 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Social regulan el recurso de casación para la unificación de doctrina. El objeto de este recurso es, como indica su nombre, «la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos».

El art. 228.1 de la citada ley dispone:

«Los pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al resolver estos recursos, en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada».

3.- Las sentencias del Tribunal Constitucional también fijan la jurisprudencia que los tribunales ordinarios deben seguir en aquellas materias de naturaleza constitucional a las que el Tribunal Constitucional extiende su jurisdicción. De ahí que el art. 40.2 de su ley orgánica establezca:

«En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales».

4.- Sin embargo, esta «corrección» de la jurisprudencia ordinaria no puede suponer la revisión de sentencias firmes en el orden jurisdiccional civil, pues el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece:

«Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán

revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

5.- Por tanto, el respeto a la institución de la cosa juzgada que impide reabrir procesos finalizados por sentencia firme (cosa juzgada formal) y que se abra un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y resuelto por sentencia firme (cosa juzgada material, en su aspecto negativo), incluso en los supuestos en que se produzca una modificación de la jurisprudencia, por propia iniciativa del Tribunal Supremo o porque esa modificación venga impuesta por la doctrina que en una determinada materia establezca el Tribunal Constitucional, tiene también anclaje constitucional, en el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución, y es reconocida en otros sectores del ordenamiento jurídico.

SEXTO.- Decisión de la sala (IV). La importancia del principio de cosa juzgada en la jurisprudencia del TJUE.

1.- La sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 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 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) no podían ser aplicados a aquellos casos en que se hubiera dictado sentencia firme que no reconociera ese derecho al consumidor.

2.- El TJUE ha considerado que este pronunciamiento no es contrario al ordenamiento de la Unión Europea. La sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo, declaró sobre esta cuestión:

«68. 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».

3.- En la posterior sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus, el TJUE declaró:

«46. Procede recordar en primer lugar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (véase, en particular, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartados 35 y 36).

»47. Asimismo, el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha declarado 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 la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 37, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 68), salvo que el Derecho nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 53)».

SÉPTIMO.- Decisión de la sala (V). Conclusión.

1.- De acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, no es posible obtener la revisión de una sentencia firme por el hecho de que una sentencia posterior establezca una jurisprudencia que sea incompatible con los argumentos que fundamentan el fallo de la sentencia anterior. Esa sentencia posterior no es un «documento» a efectos de lo previsto en el art. 510.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Nuestro ordenamiento jurídico preserva la firmeza de las sentencias frente a modificaciones posteriores de la jurisprudencia, adoptadas por propia iniciativa del Tribunal Supremo o impuestas por la doctrina sentada en las resoluciones del Tribunal Constitucional. Solo es posible la revisión de una sentencia civil firme en ciertos casos excepcionales cuando una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declare que dicha sentencia ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH, por preverlo expresamente el art. 510.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- La jurisprudencia del TJUE ha reconocido la importancia del principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento

jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, pues garantiza tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia.

4.- El TJUE ha declarado que la posibilidad de revisar una sentencia firme dictada por un tribunal nacional de un Estado miembro como consecuencia de que se haya dictado una sentencia del propio TJUE que sienta una doctrina incompatible con la que sustenta esa sentencia firme del tribunal nacional, se rige por los principios de efectividad y equivalencia.

5.- El principio de efectividad impide que se salvaguarde la seguridad jurídica en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo, porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia del tribunal nacional, como se declaró en la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08, caso Olimpiclub.

No es ese el caso objeto de este proceso de revisión, en que se pretende proyectar la jurisprudencia del TJUE hacia el pasado para lograr la rescisión de una sentencia firme y que se dicte una nueva sentencia que se acomode a la jurisprudencia del TJUE en un proceso que había finalizado por sentencia firme antes de que se dictara la sentencia del TJUE.

En aplicación de lo declarado en la sentencia del TJUE de 18 de febrero de 2016, asunto C-49/14, caso Finanzmadrid, y las que en ella se citan, teniendo en cuenta los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento, la exclusión de la rescisión de sentencias firmes por contradecir lo declarado posteriormente en una sentencia del TJUE no puede considerarse contrario al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.

6.- El principio de equivalencia impone la revisión de una sentencia firme dictada por un tribunal nacional, con base en una sentencia posterior del TJUE que sea incompatible con la jurisprudencia nacional, si el ordenamiento interno establece que cuando se dicte una sentencia que modifique la jurisprudencia procederá la revisión de sentencias firmes de fecha anterior que sean incompatibles con la nueva jurisprudencia.

Como hemos explicado, ese no es el caso de España, cuyo ordenamiento interno no permite que un cambio en la jurisprudencia permita revisar las sentencias firmes anteriores que no se ajusten a la nueva jurisprudencia. Por tanto, el principio de equivalencia no impone que, con base en una sentencia del TJUE cuya doctrina sea incompatible con sentencias firmes dictadas con anterioridad por los

tribunales nacionales, se admita la revisión de tales sentencias firmes.

7.- Por estas razones, la demanda de revisión no puede ser admitida a trámite».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 542/2015] DE 5 DE ABRIL DE 2017 [Ponente: Francisco Marín Castán]

Obligaciones y contratos.- Contrato de seguro: son negocios vinculados los seguros de vida concertados en garantía de un préstamo hipotecario y en los que el prestamista –tomador o no- resulta primer beneficiario. En estos contratos vinculados, cuando se produzca el siniestro objeto de cobertura –muerte o invalidez-, ante la inactividad de la entidad prestamista beneficiaria –que, con frecuencia, pertenece al mismo grupo societario que la aseguradora-, la aseguradora/tomadora está legitimada activamente para exigir el cumplimiento de la aseguradora, en concreto, el pago de la suma asegurada, sin perjuicio de respetar los derechos de la entidad prestamista beneficiaria. Por otro lado, en relación con el deber del tomador del seguro de declarar el riesgo, ha de ser la aseguradora la que soporte la imprecisión del cuestionario –declaración de salud- y la consecuencia de que por tal imprecisión no llegara a conocer el estado de salud del asegurado en el momento de suscribir la póliza, sin que pueda apreciarse incumplimiento doloso por el tomador del seguro del deber de declaración del riesgo que permita liberar a la aseguradora del pago de la prestación reclamada.

«El presente litigio versa sobre la reclamación de la tomadora-asegurada contra su compañía de seguros exigiéndole el pago de la cantidad que decía corresponderle tras haberle sido reconocida una invalidez permanente absoluta que se encontraba cubierta por el seguro concertado (de vida e incapacidad, y vinculado a un préstamo hipotecario). Dicha pretensión fue desestimada en ambas instancias al negarse legitimación activa a la demandante (hoy recurrente) por corresponder en exclusiva a la entidad de crédito prestamista designada en la póliza como primera beneficiaria, si bien en apelación también se desestimó la demanda por razones de fondo relacionadas con la infracción del deber de declaración del riesgo -dolo del asegurado-.

Los antecedentes relevantes para la decisión de los recursos, por infracción procesal y de casación, son los siguientes:

1.- Se ha declarado probado o no se discute:

a) Que con fecha 16 de febrero de 2009 (y efecto desde las 12 horas de ese mismo día) la demandante, D.^ª Eulalia , suscribió con la aseguradora Rural Vida S.A. de Seguros y Reaseguros (en adelante, RV) con la mediación de RGA

Mediación, una póliza de seguro de vida temporal (póliza n.º NUM000) que, además del riesgo de fallecimiento, cubría el de incapacidad permanente absoluta, en este caso con una suma asegurada inicial, mediante anticipo del capital, de 174.444,72 euros, y para los años sucesivos «el que figure en el recibo correspondiente a cada periodo» (doc. Uno. 1 de la demanda).

b) Que dicho seguro se vinculó al préstamo hipotecario que la demandante concertó en esa misma fecha con la entidad Caixa Rural DALGEMESÍ S. Coop. V. de Crèdit, por un importe de 180.000 euros, firmándose el seguro en la propia sucursal de esta entidad (doc. Dos).

c) Que por esta razón se designó a la referida entidad de crédito como primera beneficiaria, en los siguientes términos:

«BENEFICIARIOS:

-CAJA RURAL ALGEMESI POR EL IMPORTE DE CUALQUIER DEUDA CONTRAÍDA POR EL TOMADOR Y PENDIENTE DE LIQUIDAR EN LA FECHA DEL SINIESTRO (*)

-EL EXCESO SI LO HUBIERE:

En caso de Fallecimiento: El orden de prelación: 1) cónyuge, 2) Los hijos, 3) Los padres, 4) Los herederos legales.

En caso de Incapacidad: EL TOMADOR.

(*) El tomador renuncia de manera expresa a la facultad de revocar la designación de la entidad financiera como Beneficiario por la deuda pendiente de amortizar».

d) Que en la póliza se incluyó la siguiente «Declaración del asegurado» sobre su estado de salud:

«(1) Tiene plena capacidad para trabajar, goza de buena salud y no padece o ha padecido enfermedad o lesión (cardíaca, circulatoria, oncológica, infecciosa del aparato digestivo o endocrina -diabetes-) que haya precisado tratamiento médico [...]».

e) Que al tiempo de suscribir la póliza y realizar esa «declaración de salud» la demandante ya llevaba varios años bajo seguimiento por posible psicosis inducida por el consumo de cocaína (desde el año 2003) y bajo tratamiento médico-psiquiátrico continuado. En concreto, estuvo en esta situación hasta el 23 de octubre de 2006 y, tras cuatro años de seguimiento en psiquiatría privada, el 1 de abril de 2010 la demandante volvió a la Unidad de Salud Mental del Hospital de La Ribera (Alzira) y continuó en tratamiento psiquiátrico hasta el año 2011, en que fue diagnosticada de esquizofrenia paranoide con defecto estable (dictamen pericial aportado por la parte demandada, folio 153 de las actuaciones de primera instancia).

f) Que por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) de fecha 8 de noviembre de 2011,

dictada a propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS de Valencia, la demandante fue declarada en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y se le reconoció el derecho a la correspondiente pensión pública con efectos desde el 15 de noviembre de 2011, constando como cuadro clínico residual desencadenante de dicha incapacidad una «Esquizofrenia Paranoide» (doc. Uno. 4 de la demanda).

2.- Con fecha 22 de diciembre de 2011 (doc. Uno. 3 de la demanda) la demandante comunicó el siniestro a la aseguradora demandada y formuló su reclamación pecuniaria («lo que les comunico a los efectos del cobro del capital asegurado»).

3.- La compañía de seguros requirió la aportación de una serie de documentos (antecedentes médicos, certificado de deuda expedido por la entidad financiera y dictamen de invalidez), que le fueron entregados por la asegurada con fecha 2 de febrero de 2012 (doc. Uno. 3 de la demanda).

En la certificación expedida por la entidad prestamista se hacía constar que a fecha 15 de noviembre de 2011 (cuando se declaró la incapacidad) la prestataria Sra. Eulalia adeudaba la suma de 171.938,45 euros (doc. 1 de la contestación).

4.- Mediante carta fechada el 22 de agosto de 2012 (doc. 4 de la contestación), la aseguradora comunicó que denegaba el pago por el siguiente motivo:

«En la fecha de efecto de la póliza el asegurado tenía antecedentes no declarados de las causas que motivaron el siniestro, de lo que se deduce que omitió u ocultó hechos y/o circunstancias conocidas y relevantes para la correcta valoración del riesgo de tal forma que, de haber sido conocidos, hubieran determinado rehusar su contratación».

El escrito terminaba informando de que la póliza quedaba anulada a la fecha de ocurrencia del siniestro. Dicho escrito fue comunicado a RGA Mediación.

5.- Después de intentar sin éxito la conciliación (doc. Uno de la demanda), con fecha 4 de noviembre de 2013 la Sra. Eulalia promovió el presente litigio contra su aseguradora en reclamación de la suma asegurada (174.444,52 euros, capital pendiente de amortizar en el momento de declararse la invalidez, 8 de noviembre de 2011) más 14.904,63 y 8,64 euros en concepto de daños (por los intereses y gastos satisfechos por la demandante tras el siniestro a causa de las amortizaciones mensuales del préstamo hipotecario, sin perjuicio de los sucesivos intereses y gastos que se siguieran devengando), todo ello incrementado con los intereses legales.

En apoyo de sus pretensiones alegó, en síntesis, que cuando fue declarada en situación de invalidez permanente absoluta tenía en vigor la póliza de seguros que cubría dicho riesgo,

habiendo resultado infructuosas todas las gestiones realizadas con la aseguradora para el cobro de la suma asegurada (incluyendo el referido intento de conciliación). Como fundamentos jurídicos invocó los arts. 1088, 1089, 1091 y 1124 CC, referidos a la responsabilidad contractual por incumplimiento, los arts. 1101, 1106 y 1124 CC respecto de la acción indemnizatoria por daños y perjuicios (intereses del capital y otros gastos bancarios) y los arts. 3, 83, 18, 19, 88 y 89 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS) y 6 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, así como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

6.- La aseguradora demandada se opuso a la demanda planteando con carácter previo la excepción de falta de legitimación activa de la demandante para reclamar el pago para sí, dado que a fecha del siniestro subsistía una deuda con la entidad financiera prestamista designada en la póliza como primera beneficiaria, estando legitimada la asegurada únicamente para el cobro del posible exceso o sobrante, si lo hubiere. En cuanto al fondo planteó, en síntesis, lo siguiente: a) que a tenor del contenido de la «declaración de salud» de la asegurada, sus antecedentes médicos y la relación entre estos y la patología causante de la invalidez, la demandante había incumplido su deber de declarar el riesgo, ocultando información conocida y relevante sobre su estado de salud, lo que, conforme al art. 10 LCS y a lo expresamente pactado (el art. 3. 3 d. de las condiciones generales de la póliza excluía la cobertura de las enfermedades previas), excluía el derecho a la indemnización; y b) que en todo caso el seguro suscrito no amparaba la reclamación en concepto de gastos (amortizaciones mensuales del préstamo, con sus intereses), pues el límite máximo objeto de cobertura venía representado por el capital asegurado (174.444,52 euros).

7.- En la audiencia previa la demandante se opuso a la excepción de falta de legitimación activa, quedando la cuestión pendiente de resolución en sentencia, y pretendió que al amparo del art. 426 LEC se le permitiera concretar su reclamación en la suma de 171.938,45 euros indicada en el certificado de la entidad prestamista y aclarar lo que entendía era solo un error material en las peticiones de la demanda, en concreto que, a pesar de los términos utilizados en su redacción («y en consecuencia [se condene] al pago a mi representada...»), la demandante no reclamaba el pago de dicha cantidad para sí sino por cuenta de ella, por lo que debía inferirse de la demanda «que se condene al pago a cuenta de mi representada» (a partir del minuto 1.15 del archivo de vídeo 3 incorporado al DVD que sirve de soporte audiovisual al acto de la audiencia previa). Esta última pretensión fue rechazada por considerarse una modificación sustancial de lo pedido que, de aceptarse, podía causar indefensión (minuto 13.10), y el abogado de la demandante formuló protesta al respecto (minuto 14.12).

8.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto, al apreciar falta de legitimación activa de la demandante. Al respecto razonó, en síntesis, que conforme a la póliza suscrita la primera

beneficiaria del seguro era la entidad de crédito que otorgó el préstamo hipotecario vinculado, hasta el límite del importe pendiente de amortizar, y que por esta razón, aunque la doctrina de las Audiencias Provinciales viniera reconociendo legitimación activa al asegurado (o en su caso, a sus herederos) por el mero hecho de ser el obligado al pago del préstamo (pues el cumplimiento del contrato de seguro tiene repercusión directa e inmediata en su patrimonio ya que, mientras la aseguradora no pague, el asegurado deberá seguir abonando las cuotas del préstamo), esa misma doctrina también aclaraba que la falta de legitimación derivaba, en casos como este, de la propia acción ejercitada -de cumplimiento contractual- y del hecho de que la pretensión de pago se realizara directamente para sí y no a favor de la primera beneficiaria designada. Consideró que en este asunto no constaba la negativa de la entidad prestamista a reclamar en su condición de beneficiaria ni que el préstamo se hubiera cancelado, circunstancias por las que la demandante no podía reclamar el pago en interés propio («el derecho de indemnización no pertenece a la demandante como beneficiaria, dado que la primera beneficiaria según se refleja en la póliza es la entidad bancaria prestamista, de modo que no puede admitirse que ostente la Sra. Eulalia como derecho propio en virtud del cual se reclama»). En este sentido reiteró que no podía admitirse la rectificación de la demanda que la demandante había intentado durante la audiencia previa, por suponer una alteración sustancial de la demanda, determinante de indefensión en la medida en que el nuevo petitum era sustancialmente distinto respecto del que se formuló la oportuna contestación, y ello tenía incidencia en la prueba propuesta por la demandada.

9.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante, interesando la revocación de la sentencia apelada y la estimación de su demanda. En síntesis, reprodujo las peticiones de la demanda y defendió su legitimación activa para interesar el cumplimiento del contrato y el cobro de la suma asegurada en los términos que había aclarado en la audiencia previa (para ser destinada a la cancelación del préstamo hipotecario), así como su derecho a ser resarcida por los intereses de la amortización del préstamo y otros gastos bancarios que tuvo que soportar tras producirse el siniestro (a fecha de su escrito de interposición del recurso de apelación calculó dichos intereses en la suma total de 17.483,97 euros y los gastos en la cantidad de 13 euros).

La aseguradora demandada se opuso al recurso por las mismas razones esgrimidas en su contestación a la demanda, es decir, falta de legitimación activa de la demandante para reclamar para sí y, en todo caso, actuación dolosa al ocultar su verdadero estado de salud.

10.- La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación de la demandante, confirmó la desestimación de la demanda, aunque no solo por la falta de legitimación activa de la demandante sino también por las razones de fondo a que se ha hecho referencia, es decir, la

infracción del deber de declaración del riesgo. Respecto de la falta de legitimación activa razona, en síntesis, que la mera lectura del encabezamiento de la demanda ponía de manifiesto que la Sra. Eulalia formulaba reclamación de pago en su propio nombre, y ello cuando según la póliza la primera beneficiaria por el importe de la deuda contraída y pendiente de amortizar era la entidad prestamista, así como que, consciente de este obstáculo, la demandante trató de subsanarlo en el acto de la audiencia previa manifestando que todo se debía a un mero error material, lo cual fue correctamente desestimado en primera instancia al considerarse una auténtica mutatio libelli [cambio de demanda]. Respecto de la infracción del deber de declarar el riesgo la sentencia recurrida razona, en síntesis, que los hechos probados demuestran que la demandante declaró gozar de buena salud, ocultando así dolosamente patologías por ella conocidas, que podían influir en la valoración del riesgo o determinar que no se contratara el seguro, y que fueron las que terminaron causando la invalidez. En concreto, la sentencia le reprocha haber ocultado que cuando firmó el seguro llevara desde el año 2003 en seguimiento facultativo por posible psicosis inducida por el consumo de cocaína y que había estado bajo tratamiento psiquiátrico desde esa fecha y hasta el 23 de octubre de 2006 -el tratamiento se reanudó después de la firma de la póliza, el 1 de abril de 2010, y continuó hasta el año 2011 en que fue diagnosticada de esquizofrenia paranoide, precisamente la patología que determinó su invalidez-.

Además, al no encontrar razones para apreciar serias dudas de hecho o de derecho, ni en cuanto a la cuestión de la legitimación activa ni en cuanto a la cuestión de fondo, consideró pertinente la condena en costas de la parte demandante, tanto en primera como en segunda instancia.

Por auto de 26 de enero de 2015 el tribunal sentenciador denegó la subsanación solicitada por la parte demandante-apelante, que pidió que la sentencia se completara con el expreso pronunciamiento de que la acción quedaba imprejuzgada como consecuencia de haberse apreciado la falta de legitimación activa. El tribunal sentenciador justificó la denegación razonando que la sentencia de apelación no adolecía de omisión alguna que tuviera que ser completada y que se había limitado a dar respuesta «a todas las cuestiones planteadas por las partes y, en aplicación del artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dicha cuestión fue planteada por la parte demandada en su escrito de oposición».

11.- La demandante interpuso contra dicha sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional, tanto por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales como por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala. Pese a advertirse inicialmente causas de posible inadmisión (providencia de fecha 20 de octubre de 2016), se acordó admitir ambos recursos en su integridad.

12.- En su oposición a los recursos la parte recurrida ha alegado diversas causas de inadmisibilidad que deben examinarse con carácter preliminar, comenzando por las que afectan al recurso de casación por interés casacional pues, de conformidad con la regla 5.ª del apdo. 1. DF. 16.ª LEC, la inadmisión del recurso de casación determinaría la del recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Como causas de inadmisión del recurso de casación la parte recurrida opone, en resumen, la existencia de defecto de forma no subsanable, por falta de aportación completa de certificación de la sentencia recurrida, y la falta de interés casacional en ambas modalidades, tanto por la existencia de jurisprudencia posterior de esta sala sobre el mismo problema jurídico (principalmente se cita la sentencia 726/2016, de 12 de diciembre, que a su vez menciona la sentencia 76/2016, de 17 de febrero) como por no acreditarse debidamente la contradicción doctrinal entre Audiencias Provinciales.

Conforme a la doctrina de esta sala, no procede apreciar ninguna de esas causas de inadmisión. Según criterio del auto del Pleno de esta sala de 6 de noviembre de 2013, reiterado en sentencias posteriores (entre las más recientes, sentencias 727/2016, de 19 de diciembre, y 667/2016, de 14 de noviembre), puede ser suficiente para superar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso.

En este caso, aparte de que la falta de aportación de la certificación de la sentencia recurrida (art. 481.2 LEC) «no es un defecto por sí solo suficiente para inadmitir a trámite un recurso ya que se trata de un vicio de carácter subsanable» que fue debidamente subsanado con su aportación ulterior (autos de 21 de enero de 2014, rec. 1063/2013, y 25 de junio de 2013, queja n.º 274/2012), el interés casacional del recurso es notorio (sentencias 733/2015, de 21 de diciembre, 157/2016, de 16 de marzo, y 720/2016, de 1 de diciembre) por la identidad sustancial de la controversia jurídica sustantiva objeto de dicho recurso y de los hechos que la sustentan con la cuestión jurídica debatida y los hechos que apoyaron otros recursos de casación resueltos por esta sala (que la parte recurrida demuestra conocer) con un criterio jurídico opuesto al seguido por la sentencia recurrida. En este sentido basta decir que, planteada por la parte recurrente el problema de la falta de legitimación activa en su recurso extraordinario por infracción procesal (posibilidad admitida por esta sala, dado que los límites de la naturaleza de esta excepción, procesal o material, no resultan claros, sentencias 401/2015, de 14 de julio, 730/2013, de 21 de noviembre, y 791/2011, de 11 de noviembre, entre otras), la controversia planteada en casación se centra en la eficacia que la sentencia recurrida asigna a la «declaración de salud», cuyo valor jurídico cuestiona la recurrente con un doble argumento: que formalmente no constituye un verdadero cuestionario de salud y que, en todo caso, se trató de una declaración

excesivamente genérica que, por esta razón -por no incluir «las preguntas influyentes»-, no puede acabar liberando a la aseguradora en perjuicio del asegurado.

Pues bien, aunque cuando se dictó la sentencia recurrida esta sala ya se había pronunciado sobre la primera objeción, descartando que el cuestionario debiera revestir una forma especial (así, sentencias 482/2004, de 31 de mayo, y 693/2005, de 23 de septiembre, ambas citadas por las más recientes sentencias 72/2016, de 17 de febrero, y 726/2016, de 12 de diciembre), sin embargo, la segunda sí tiene fundamento bastante para justificar que esta sala se pronuncie al respecto.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- Este recurso se articula en tres motivos.

El motivo primero, formulado al amparo de los ordinales 3.º y 4.º del art. 469.1 LEC, se funda en infracción del art. 10 LEC y del art. 24 de la Constitución respectivamente, por haberse negado la legitimación activa de la demandante-recurrente y conculcarse así su derecho a la tutela judicial efectiva. En su desarrollo se argumenta que no cabe confundir el derecho del asegurado a reclamar el cumplimiento del contrato con el derecho a recabar para sí mismo el importe de la suma asegurada, que lo que se reclama en este caso es el cumplimiento del contrato de seguro, vinculado y accesorio del préstamo hipotecario, pretensión de cumplimiento para la que la demandante estaba legitimada como parte contractual, fuera o no beneficiaria, sin que pueda objetarse a dicha legitimación activa el error padecido en las peticiones de la demanda –cuya corrección se intentó en el trámite de audiencia previa- de haber interesado el pago para sí y no por cuenta de la entidad financiera beneficiaria. En apoyo de sus argumentos cita las sentencias de esta sala 1138/1994, de 17 de diciembre, 1110/2001, de 30 de noviembre, y 183/2011, de 15 de marzo, además de sentencias de diferentes Audiencias Provinciales.

El motivo segundo, formulado al amparo del ordinal 3.º del art. 469.1 LEC, se funda en infracción de los arts. 424.1 y 426.2 LEC. En su desarrollo se argumenta que la hoy recurrente, tras advertir el error material contenido en las peticiones de su demanda, intentó subsanarlo por el trámite legalmente previsto para ello (arts. 424.1 y 426.2 LEC) a fin de que no quedaran dudas acerca de que el designado para cobrar la indemnización era la entidad prestamista (como además se desprendía del cuerpo de la demanda, fundamento de derecho cuarto, al invocar el art. 88 LCS, que obliga a que la prestación se entregue al beneficiario), lo cual no alteraba ni la acción ejercitada ni la causa de pedir. En consecuencia, la decisión de la magistrada-juez de primera instancia de no admitir esa subsanación supuso una vulneración de los actos y garantías que rigen el proceso, determinante de indefensión, pues la única favorecida ha sido la entidad beneficiaria, perteneciente al mismo grupo empresarial que la aseguradora, que siguió cobrando las cuotas del préstamo. En apoyo de estos argumentos se citan

y extractan las sentencias de esta sala 669/2014, de 12 de diciembre, y 537/2013, de 14 de enero.

El motivo tercero y último, formulado al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, se funda en infracción del principio de justicia rogada previsto en el art. 216 LEC y del principio de congruencia del art. 218. LEC, en relación con el art. 465.3 y 5 LEC. En su desarrollo se argumenta que, a diferencia de la sentencia de primera instancia, que apreció falta de legitimación activa sin entrar en el fondo, la de apelación no solo confirmó la falta de legitimación activa, sino que también analizó el fondo de la controversia, lo que no resultaba procedente puesto que no formaba parte de las cuestiones debatidas en apelación.

En su escrito de oposición la parte demandada-recurrida ha alegado la inadmisibilidad del recurso en su totalidad, por no ser admisible el de casación y no identificarse debidamente la sentencia recurrida ni mencionarse el auto que denegó su subsanación y complemento. Además, se ha opuesto a la admisibilidad del motivo primero por carecer de fundamento al basarse únicamente en una nueva valoración de la prueba documental aportada con la demanda. Subsidiariamente, la misma parte recurrida pide la desestimación de los tres motivos del recurso por su carencia de fundamento y por no guardar relación con el presente caso la doctrina jurisprudencial invocada en los motivos.

CUARTO.- No procede apreciar los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida porque, siendo admisible el recurso de casación por interés casacional, como se ha razonado ya, no cabe inadmitir el recurso por infracción procesal por la única razón de no ser admisible el de casación.

En cuanto a la inadmisibilidad alegada con base en la defectuosa identificación de la sentencia recurrida y la falta de mención del auto por el que se denegó su subsanación/complemento, se trata de un óbice tan formalista que no puede comportar una declaración de inadmisión sin vulnerar el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva. Esto es así porque la insuficiente identificación de la sentencia deriva de que la recurrente, al pedir la certificación correspondiente, indicó la fecha «19 de diciembre de 2014» en vez de la correcta (29 de diciembre de 2014), y no interesó certificación del auto subsiguiente denegatorio de subsanación/complemento, mero error material lo primero y omisión más del tribunal sentenciador que de la recurrente lo segundo, en cualquier caso subsanables y subsanados los dos mediante la remisión de las actuaciones de un modo que no deja ya lugar a dudas sobre la sentencia recurrida y el referido auto ni causa indefensión alguna a la recurrida.

En cuanto a la inadmisibilidad del motivo primero, esta sala no logra entender las razones que alega la parte recurrida, pues la cuestión que plantea el motivo se refiere a la legitimación activa de la hoy recurrente, los hechos

probados que permiten resolver la cuestión no son controvertidos, al margen de los aspectos que a cada parte convenga resaltar y, en fin, ninguna duda cabe de que negar al tomador y asegurado la legitimación para pedir el cumplimiento del contrato le puede generar indefensión, de modo que tiene pleno sentido la cita de los arts. 10 LEC y 24 de la Constitución como infringidos.

QUINTO.- Los dos primeros motivos deben examinarse conjuntamente por su estrecha vinculación, ya que en el primero se sostiene que la asegurada/tomadora-recurrente se encontraba legitimada activamente frente a la aseguradora demandada para interesar el cumplimiento del contrato y, por tanto, ante la pasividad de la entidad prestamista beneficiaria, el cumplimiento de las prestaciones a cargo de la aseguradora para el caso de acontecer el riesgo objeto de cobertura, mientras que en el segundo se defiende que el pago no se quiso para sí, sino por cuenta de la beneficiaria hasta el límite de la deuda que la recurrente mantenía con ella, habiéndose disipado cualquier duda al respecto mediante la aclaración realizada en el momento y por el cauce procesal oportunos.

La doctrina jurisprudencial pertinente para resolver ambos motivos es la siguiente:

1.- Esta sala se ha venido pronunciando a favor de reconocer legitimación activa al tomador, sin perjuicio de cumplir sus obligaciones con el beneficiario, particularmente en casos como este de seguros de vida e incapacidad vinculados con un préstamo hipotecario en los que el primer beneficiario es la entidad prestamista.

Así, la sentencia 1138/1994, de 17 de junio (citada por la recurrente) declaró, en relación con un seguro de daños, que «la existencia de beneficiario en la póliza de seguros y que autoriza el artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguro de 7 de octubre de 1.980, en relación al artículo 1257 del Código Civil, no impide al tomador el ejercicio de los derechos derivados del contrato ante los Tribunales, sin perjuicio de sus obligaciones frente al beneficiario, ya que favorece y facilita sus créditos si le son otorgadas las indemnizaciones que peticiona. En el sinalagma contractual la figura del tomador, en este caso, tomador- asegurado-, tiene condición principal, en orden a la necesaria bilateralidad negocial, como titular del interés, objeto del seguro de daños concertado, sin perjuicio de la cesión que procede llevar a cabo del derecho a la indemnización, que sólo se presenta nítidamente como prestación autónoma, adquirida por terceros, en los seguros de vida, conforme al artículo 88 de la Ley especial de Seguros».

En aplicación de esta doctrina, y ya en relación con un seguro de vida con cobertura de invalidez, la sentencia 1110/2001, de 30 de noviembre (también citada por la recurrente), casó la sentencia de segunda instancia, que como en este caso había estimado la falta de legitimación activa del tomador/asegurado, reiterando que este sí tiene interés, y por tanto legitimación ad causam, para reclamar el

cumplimiento del contrato frente a su aseguradora, sin perjuicio de sus obligaciones para con el beneficiario. Según esta sentencia 1110/2001, los seguros de vida concertados en garantía del crédito hipotecario y en los que el prestamista (tomador o no) resulta primer beneficiario son negocios vinculados: «Un mínimo conocimiento de la realidad social, a la que esta Sala no puede ni debe permanecer ajena (art. 3.1 CC), demuestra que en la práctica de los préstamos hipotecarios su concesión por los Bancos se condiciona a que los prestatarios concierten un seguro de vida o de amortización que refuerza notablemente la garantía; y además, que si el prestatario no concierta el seguro con la compañía que libremente elija, el propio Banco se ofrece a gestionarlo con una compañía a la que está negocial o societariamente vinculado, de suerte que a su interés en la garantía frecuentemente aparece unido el de aumentar el volumen de negocios común de ambas entidades mediante la concertación de seguros y el pago de primas por los prestatarios. De ahí que, aun cuando en el caso examinado no se haya acreditado que Banco y compañía de seguros pertenecieran a un mismo grupo de sociedades, no sea posible desconocer la evidencia de la conexión entre ambos que se desprende de la propia fórmula escogida, un "Seguro colectivo de vida para amortización de préstamos hipotecarios" en que el Banco prestamista era no sólo tomador sino también primer beneficiario, de suerte que en este caso el hecho probado de que el Banco se encargó de asegurar a los dos cónyuges prestatarios, y no solamente a la esposa, supera la categoría de hecho a respetar en casación, conforme a la antedicha doctrina jurisprudencial, para alcanzar el grado de único hecho verosímil a tenor de lo debatido y probado en el proceso».

De ahí que en la propia sentencia 1110/2001 la sala considere que, producido el siniestro (muerte o invalidez), la buena fe y el respeto a la moral (arts. 7.1, 1255 y 1258 CC) determinan que no resulte jurídicamente explicable que el banco no reclame a la aseguradora y decida seguir exigiendo el pago del capital pendiente a los prestatarios asegurados: «No parece jurídicamente explicable que, producida la muerte o invalidez del prestatario asegurado, el mismo Banco que en su momento condicionó la concesión del préstamo a la concertación del seguro, que contrató el seguro colectivo como tomador y se designó a sí mismo como primer beneficiario para el caso de muerte o invalidez, pueda luego optar libremente por exigir el pago del capital pendiente ya al cónyuge viudo o al propio inválido, ya a la compañía de seguros, opción tanto menos justificable cuanto mayor sea la vinculación empresarial entre Banco y aseguradora, que si en este caso no está probado se diera al iniciarse el proceso, curiosamente ha acabado dándose por pertenecer la aseguradora al mismo grupo empresarial en el que posteriormente acabaría integrándose el Banco».

La sentencia 119/2004, de 19 de febrero, calificó el seguro de vida vinculado a un préstamo hipotecario como «cláusula de garantía» en relación con el pago del préstamo, de modo

que ambos contratos, seguro y préstamo, «llevan vidas paralelas».

En la misma línea que la sentencia 1110/2001, la sentencia 183/2011, de 15 de marzo, declaró: «Dispone el artículo 7-3º de la Ley de Contrato de Seguro que "Los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida". El artículo trata de delimitar, de un lado, los derechos que con relación al contrato corresponden al asegurado y beneficiario, y, de otro, atribuir una legitimación alternativa a uno o a otro que, necesariamente, debe de ponerse en relación con lo que constituye el derecho fundamental que deriva de la póliza frente al asegurador y que no es otro que el pago de la indemnización que corresponde al asegurado, como titular del derecho, lo que no impide que pueda ceder a otra persona -beneficiario-, designada e individualizada por el tomador, el derecho a exigir al asegurador la indemnización como titular del mismo.[...]

»En lo que aquí interesa supone que la demanda no puede tener como única respuesta la que resulta de la falta de legitimación de quien la formula, que la tiene y de ella puede servirse para reclamar a la aseguradora los derechos que derivan de la póliza suscrita, al margen de las razones de fondo que puedan sustentar el derecho reclamado, que le niega la sentencia del juzgado, y de la inclusión de beneficiarios en la póliza de seguros, como garantía respecto al contrato de descuento, conforme autoriza el artículo 7 Ley de Contrato de Seguro, en relación con el artículo 1257 Código Civil, sin perjuicio de sus obligaciones frente al beneficiario, ya que favorece y facilita sus créditos si le es otorgada la indemnización que solicita. En el sinalagma contractual la figura del tomador, en este caso, tomador-asegurado, tiene condición principal, en orden a la necesaria bilateralidad negocial, como titular del interés, objeto del seguro de daños concertado, sin perjuicio de la cesión que procede llevar a cabo del derecho a la indemnización, que sólo se presenta nítidamente como prestación autónoma, adquirida por terceros, en los seguros de vida, conforme al artículo 88 de la Ley especial de Seguros (STS 17 de diciembre 1994)».

Más recientemente la sentencia 669/2014, de 2 de diciembre, analizó un nuevo caso de seguro de vida con cobertura de invalidez vinculado a un préstamo hipotecario, siendo lo destacable (por su relación con el motivo segundo del presente recurso) que en la demanda, promovida por los hijos del asegurado, se había pedido la condena de la aseguradora a pagar a los demandantes, mientras que el fallo del tribunal de apelación ordenó que el pago, por importe igual al saldo pendiente de amortización del préstamo vinculado, se hiciera a la entidad prestamista beneficiaria, y solo el remanente, a los demandantes. La parte recurrente tachó la sentencia de incongruente, no solo por conceder algo distinto sino por resolver sobre una causa de pedir distinta, pero esta sala concluyó que no hubo incongruencia razonando que «los demandantes,

beneficiarios del seguro vida concertado por su padre con ocasión de la firma de un contrato de préstamo hipotecario que pretendía garantizar su devolución, solicitaron en su demanda la condena de la compañía a pagarles la suma asegurada. La sentencia de apelación, al conocer de la objeción planteada por la aseguradora de que la beneficiaria del seguro sería, en primer lugar, la prestamista y hasta el saldo adeudado a la muerte del causante, no incurre en incongruencia cuando estima la demanda y ordena el pago de la suma asegurada, si bien primero debía entregarse a Caja Guadalajara el saldo pendiente de amortización del préstamo vinculado al seguro, para luego abonar el remanente a los demandantes.

»En la medida en que los herederos demandantes tienen derecho a cobrar el restante de la suma asegurada que resulte de haberse amortizado antes aquel saldo pendiente del préstamo, la sentencia no incurre en incongruencia cuando resuelve en el sentido indicado, pues lo decidido estaba sustancialmente incluido en lo pedido. Máxime cuando, como afirma la sentencia recurrida, «"de la íntegra lectura de la demanda se obtiene la evidente conclusión de que los actores están reclamando la indemnización con destino a la cancelación del préstamo vinculado, lo que obviamente presupone su entrega a la prestamista en la proporción que a esta corresponda según la cuantía pendiente de cancelación"».

2.- En relación con la audiencia previa, cuyo contenido y finalidad se regulan en el art. 426 LEC, la sentencia 337/2015, de 16 de junio, declara que su función «es evitar confusiones, aclarar conceptos, suplir omisiones y corregir errores», con el único límite de no alterar la causa de pedir. Así, el apdo. 2 del art. 426 LEC que se cita como infringido declara que «también podrán las partes aclarar las alegaciones que hubieren formulado y rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos».

SEXTO.- De aplicar la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta a los motivos examinados se desprende que estos deben ser estimados por las siguientes razones:

1.ª) Estando ante un seguro de vida con cobertura de invalidez vinculado a un préstamo hipotecario, que no se niega fuera suscrito con una aseguradora del mismo grupo que la entidad designada como primera beneficiaria, es indudable que al producirse el siniestro objeto de cobertura -reconocimiento de la invalidez-, y ante la inactividad de la entidad prestamista beneficiaria, la aseguradora/tomadora, demandante y hoy recurrente, tenía legitimación activa para interesar el cumplimiento del seguro en vigor y, por tanto, para reclamar de su aseguradora el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, entre ellas, y como principal, el pago de la suma asegurada, sin perjuicio de respetar los derechos de la entidad prestamista beneficiaria.

2.ª) Esto fue lo que aconteció pues, como resulta de las peticiones de la demanda (la demandante destacó en

negrita la pretensión de cumplimiento) y de los preceptos invocados en su fundamentación jurídica (arts. 1088, 1089, 1091, 1101, y 1124 CC, todos ellos relativos a la fuerza vinculante del contrato denegado y a la responsabilidad contractual por incumplimiento), la acción principalmente ejercitada fue la de cumplimiento contractual, para la que la demandante se encontraba legitimada como parte del contrato de seguro y como titular del interés asegurado. No admitir tal legitimación podría dar lugar a que, por la sola inactividad de la entidad prestamista en cuanto beneficiaria del seguro y su actividad en cuanto prestamista frente al prestatario, este tuviera que seguir amortizando el préstamo, que es precisamente aquello frente a lo que le protege el seguro cuya prima corre a su cargo.

3.ª) En definitiva, el seguro litigioso respondía a un interés compartido por la tomadora/asegurada demandante y la entidad de crédito prestamista: el de la primera, quedar liberada de su obligación de devolver el préstamo si se producía el siniestro; y el de la segunda, garantizarse la devolución del préstamo si no lo devolvía la prestataria en caso de muerte o invalidez. Pero en cualquier caso es más que evidente el interés legítimo de la asegurada, y en caso de muerte el de quienes le sucedan en sus derechos y obligaciones, en que el seguro responda a la causa por la que se contrató, se haga efectivo y, en consecuencia, se la libere de su obligación de devolver el préstamo por quedar entonces la obligación de devolver el capital pendiente a cargo de la aseguradora. Entenderlo de otra forma equivale a poder dejar inermes al asegurado o a su familia en un trance especialmente difícil que el asegurado quiso evitar precisamente mediante la concertación del seguro y el pago de la prima correspondiente, cuya contrapartida no puede ser otra que la respuesta de la aseguradora entregando el dinero a la prestamista designada como primera beneficiaria pero para saldar la deuda que aparezca en la cuenta del asegurado, lo que demuestra que también este es beneficiario desde un punto de vista sustancial o material y no puramente formal.

4.ª) Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación negaron la legitimación activa de la demandante hoy recurrente por haber solicitado el cobro para sí y no para la primera beneficiaria. Sin embargo, no hay ninguna base razonable para entender que la demandante pretendiera soslayar los derechos de la entidad prestamista intentando el cobro para sí del capital asegurado, pues cualquier duda a que pudiera dar lugar la literalidad de las peticiones de la demanda quedó disipada por la propia parte demandante en el acto de la audiencia previa por el cauce del art. 426.2 LEC. No hubo, pues, una mutatio libelli prohibida por el art. 412 LEC, como considera la sentencia recurrida, sino una aclaración conducente a delimitar el objeto del proceso en función de lo alegado en la contestación a la demanda.

5.ª) En consecuencia, no admitir dicha aclaración -con base en una interpretación excesivamente formalista del art. 426 LEC -, causó una evidente indefensión a la parte

demandante hoy recurrente desde el momento en que la razón decisoria de las sentencias de ambas instancias fue que la demandante no podía reclamar el pago para sí del capital asegurado.

La estimación de estos dos primeros motivos del recurso determina que no sea necesario examinar el tercero. Se anula la resolución recurrida para, a continuación, según lo establecido en la DF 16.ª, regla 7.ª, LEC, resolver sobre el fondo de las pretensiones formuladas en la demanda con sujeción a lo alegado como fundamento del recurso de casación (así, sentencias 625/2016, de 24 de octubre, y 627/2016, de 25 de octubre).

SÉPTIMO.- La reciente sentencia de esta sala 726/2016, de 12 de diciembre, dictada además en un asunto en que fue parte la misma entidad hoy recurrida, sintetiza la jurisprudencia sobre el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS, abordando las dos cuestiones actualmente controvertidas: el valor como cuestionario de la declaración de salud contenida en la documentación que integra la póliza, dada la falta de exigencias formales al respecto, y la configuración del deber del tomador de declarar el riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que le pregunta el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto.

1. Comienza afirmando dicha sentencia que la jurisprudencia de esta sala sobre el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS aparece compendiada en la 72/2016, de 17 de febrero, que se expresa en los siguientes términos:

«La jurisprudencia de esta Sala sobre el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS (entre las más recientes, SSTS de 2 de diciembre de 2014, rec. 982/2013, y 4 de diciembre de 2014, rec. 2269/2013, que a su vez citan y extractan las SSTS de 14 de junio de 2006, rec. 4080/1999, 11 de mayo de 2007, rec. 2056/2000, 15 de noviembre de 2007, rec. 5498/2000, y 3 de junio de 2008, rec. 154/2001) viene declarando que dicho precepto, ubicado dentro del título I referente a las disposiciones generales aplicables a toda clase de seguros, ha configurado, más que un deber de declaración, un deber de contestación o respuesta del tomador a lo que se le pregunte por el asegurador, ya que este, por su mayor conocimiento de la relevancia de los hechos a los efectos de la adecuada valoración del riesgo, debe preguntar al contratante aquellos datos que estime oportunos. Esta configuración se aclaró y reforzó, si cabe, con la modificación del párrafo primero de este art. 10, al añadirse un último inciso según el cual "[q]uedará exonerado de tal deber (el tomador del seguro) si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él" (STS de 2 de diciembre de 2014). En consecuencia, para la jurisprudencia la obligación del tomador del seguro de declarar a la aseguradora, antes de la

conclusión del contrato y de acuerdo con el cuestionario que esta le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, se cumple "contestando el cuestionario que le presenta el asegurador, el cual asume el riesgo en caso de no presentarlo o hacerlo de manera incompleta (SSTS 25 de octubre de 1995; 21 de febrero de 2003; 27 de febrero de 2005; 29 de marzo de 2006 ; 17 de julio de 2007, rec. 3121/2000)". (STS de 4 de diciembre de 2014)».

»Configurado así este deber, según la STS de 4 de diciembre de 2014 las consecuencias de su incumplimiento son las establecidas en el artículo 10 II LCS y consisten en:

a) La facultad del asegurador de "rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitudes del tomador del seguro".

b) La reducción de la prestación del asegurador "proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo". Esta reducción se produce únicamente si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración de rescisión.

c) La liberación del asegurador del pago de la prestación. Este efecto solo se produce, según el artículo 10 II, último inciso, LCS, "[s]i medió dolo o culpa grave del tomador del seguro"».

»Por tanto, sigue diciendo la STS de 4 de diciembre de 2014, mientras que la "reducción de la prestación del asegurador no exige que concurran circunstancias de dolo o culpa grave del tomador del seguro, sino sólo la existencia de reticencias o inexactitudes en la declaración, y, en virtud del principio de rogación procesal, según la jurisprudencia consolidada de esta Sala (en contra, STS de 12 de abril de 2004), que el asegurador ejercite la pretensión en el momento procesal oportuno (SSTS de 7 de junio de 2004; 15 de julio de 2005, rec. 612/1999)", por el contrario "la facultad del asegurador de rechazar el siniestro y de liberarse de la obligación de indemnizar solamente puede ejercitarse en caso de que en la declaración previa de riesgos haya mediado dolo o culpa grave por parte del tomador del seguro...", concurriendo dolo o culpa grave "en las declaraciones que tienen como finalidad el engaño del asegurador, aunque no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (arts. 1260 y 1261 CC), y en las declaraciones efectuadas con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario", debiéndose partir en casación de que "la determinación de si un determinado supuesto es meramente culposo por parte del tomador, o bien se debe a culpa grave, es de libre apreciación del tribunal sentenciador, por cuanto, versando sobre la aplicación de conceptos jurídicos, estos han de resultar de los hechos, conductas y circunstancias que el órgano judicial fija y valora (SSTS 12 de agosto de 1993; 24 de junio de 1999; 14 de junio de 2006, rec. 4080/1999)".

»Esta misma jurisprudencia ha matizado que el tomador no puede justificar el incumplimiento de su deber por la mera circunstancia de que el cuestionario fuera rellenado por el personal de la aseguradora o de la entidad que actuara por cuenta de aquella, pues lo verdaderamente relevante es que, por la forma en que se rellenó, pueda concluirse que el tomador del seguro no fue preguntado por esa información relevante, de tal forma que, "en los casos en que el cuestionario es rellenado por los empleados de la compañía aseguradora sin que se haya recabado de la tomadora del seguro la contestación de las preguntas, por mucho que aparezca su firma al final del cuestionario, no habrá habido infracción del deber de declarar aquella circunstancia relevante para la determinación del riesgo, porque de hecho no habrá sido preguntado por ella. Pero si consta acreditado, como es el caso, que los empleados rellenaron el cuestionario con las contestaciones suministradas por la tomadora, previa formulación de las preguntas que incluían aquellas relativas a haber padecido con anterioridad una enfermedad de cáncer, en ese caso hemos de entender que ha existido una infracción del deber de declaración" (STS de 4 de diciembre de 2014, rec. 2269/2013)».

2. En cuanto a si el cuestionario de salud debe o no revestir una forma especial de la que deba depender su eficacia (tesis que defiende la parte recurrente para negarle valor como tal a la declaración de salud contenida en la póliza), la sentencia 726/2016, de 12 de diciembre, declara lo siguiente:

«Ahora bien, que el deber de declarar el riesgo se traduzca en un deber de contestación o respuesta del tomador a lo que se le pregunte por el asegurador no implica que el cuestionario deba revestir una forma especial pues, como apunta la parte recurrida, en numerosas ocasiones esta sala ha otorgado eficacia a la «Declaración de salud» que se incorpora a la documentación integrante de la póliza de seguro. Así, la sentencia 482/2004, de 31 de mayo, declaró:

»"Es cierto, que, si la entidad aseguradora no exige el cuestionario [o declaración correspondiente] debe pechar con las consecuencias (SS., entre otras, 23 de septiembre de 1.997, 22 de febrero y 7 de abril de 2.001, 17 de febrero de 2.004), porque [en el régimen de la LCS] no hay propiamente un deber de declaración, sino de respuesta del tomador acerca de lo que interesa de él al asegurador y que le importa a efectos de valorar debidamente el riesgo, como la concurrencia de aquellos otros extremos que sean de interés (SS., ente otras, de 11 de noviembre y 2 de diciembre de 1.997 y 22 de febrero de 2.001). La jurisprudencia no exige una forma especial para lo que el art. 10 LCS denomina 'cuestionario' (según la segunda de las acepciones del Diccionario de la RAE, que resulta la más adecuada aquí, es una 'lista de preguntas que se proponen con cualquier fin'), por lo que no se contradice la doctrina legal dándole plena eficacia a la 'Declaración Estado Salud' que figura impresa en la póliza firmada por el asegurado (f. 98), y en tal sentido se orientan entre otras Sentencias las de 24 de junio de 1.999 y 2 de abril de 2.001".

»En el mismo sentido, la sentencia 693/2005, de 23 de septiembre, declaró, acerca del cuestionario de salud, que "no existe una exigencia de forma especial para el mismo, por lo que ha de reconocerse plena eficacia a la 'declaración de salud' que suele insertarse en las pólizas a que nos referimos"».

A su vez, también la sentencia 157/2016, de 16 de marzo, reconoció la validez, como cuestionario, de la declaración de salud suscrita por el asegurado e insertada en la documentación de la póliza.

Por tanto, desde esta perspectiva, la decisión de la sentencia recurrida de reconocer validez a la declaración de salud contenida en la póliza fue correcta.

3. En consecuencia, procede examinar la segunda cuestión, esto es, si la declaración de salud, formalmente válida como cuestionario, lo era también materialmente, es decir, si por su contenido podía concluirse que era conducente a que la asegurada pudiera conocer su salud y si las preguntas que se le hicieron eran bastantes para que pudiera ser consciente de que, al ocultar su esquizofrenia, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo.

En este sentido, la sentencia 726/2016, de 12 de diciembre, declara que «configurado jurisprudencialmente el deber del tomador de declarar el riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que le pregunta el asegurador, y recayendo en este las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto (en el que se omitan circunstancias que puedan influir en la exacta valoración del riesgo), la controversia finalmente se contrae a determinar si las preguntas formuladas (cualquiera que sea la fórmula elegida por el asegurador) "fueron o no conducentes a que, en sus circunstancias, el tomador pudiera razonablemente advertir o ser consciente de la existencia de antecedentes médico-sanitarios relacionados con su estado de salud que la aseguradora debiera conocer para poder identificar y valorar correctamente el riesgo asegurado con las coberturas de vida e invalidez contratadas" (sentencia 72/2016, de 17 de febrero)».

Partiendo de esa doctrina general, su aplicación concreta ha llevado a esta sala a distintas soluciones, justificadas por las diferencias de contenido de la declaración-cuestionario-. La sentencia 157/2016, de 16 de marzo, en un caso que guarda cierta semejanza con el presente (pues también se trató de una póliza de seguro de vida exigida por la entidad prestamista con la finalidad de garantizar la devolución del préstamo -en aquel caso, para la adquisición de un vehículo a motor-, que fue suscrita por el tomador/asegurado ante los empleados de la entidad bancaria, sin intervención directa de la aseguradora), valora el contenido la declaración de salud, en concreto la circunstancia de que se tratara de una cláusula «estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado» en el momento de suscribir el seguro, en la que no se concretaban preguntas relevantes

acerca de la determinación del riesgo objeto de cobertura, y por eso descarta que en ese caso el asegurado hubiera infringido el deber de contestación o respuesta que le imponía el art. 10 LCS al no mencionar la enfermedad (cáncer) que padecía. En concreto declara lo siguiente: «Como se observa de la póliza suscrita, lejos de interesar alguna respuesta acerca de enfermedades relevantes del asegurado, caso del cáncer padecido, resulta claramente estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado, sin individualizar o concretar preguntas relevantes acerca de la determinación del riesgo objeto de cobertura. De forma que no puede considerarse que el asegurado, al no mencionar dicha enfermedad padecida, infringiera el deber de contestación o de respuesta que le impone el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro».

Por el contrario, en el caso analizado por la sentencia 726/2016, de 12 de diciembre, respecto de un seguro de la misma entidad RV, la sala sí aprecia infracción del deber de declarar el riesgo porque en las condiciones particulares se incluyó una declaración de salud según la cual, a diferencia del caso examinado por la sentencia 157/2016, no se le preguntó al tomador de forma meramente genérica si se encontraba en buen estado de salud o si había padecido o padecía en ese momento cualquier enfermedad o lesión, sino que se le preguntó específicamente acerca de patologías concretas (cardíacas, circulatorias, oncológicas, infecciosas del aparato digestivo o endocrinas -diabetes-) que además hubieran precisado tratamiento médico, constanding al respecto que el asegurado sabía, al menos desde el año 1997, que sufría una patología cardíaca y respiratoria grave, para la que se le prescribió como tratamiento oxígeno domiciliario y que terminó siendo la causa de su invalidez. En atención a ello esta sala concluye que, con independencia de la forma elegida por el asegurador para dar cumplimiento a su obligación de someter al tomador/asegurado a un cuestionario, lo relevante era que las cuestiones integrantes de la «Declaración de salud» fueron suficientemente claras para que el tomador pudiera razonablemente advertir, ser consciente y, por tanto, no ocultar, la existencia de antecedentes médico sanitarios relacionados con su estado de salud que debía percibir como objetivamente influyentes para poder identificar y valorar correctamente el riesgo asegurado con las coberturas de vida e invalidez contratadas, máxime cuando a continuación de la declaración sobre su salud, pero también como declaraciones del asegurado, se incluyeron las relativas al no ejercicio de determinadas profesiones y actividades de riesgo y, en último lugar, la relativa al no consumo de tabaco y/o bebidas alcohólicas, con una precisión para esta última («salvo uno o dos vasos de vino o cervezas al día») que apoyaba más la tesis del tribunal sentenciador sobre la participación consciente del asegurado en su declaración.

La misma sentencia 726/2016 se apoyaba a su vez en la sentencia 72/2016, de 17 de febrero, que también confirmó la existencia de una actuación dolosa del tomador por ocultar a sabiendas datos sobre su salud (antecedentes

sobre depresión y posterior trastorno bipolar, que precisaron tratamiento con medicación) conocidos por él y que guardaban relación con las preguntas de los cuestionarios y con la naturaleza y cobertura de los seguros de vida e invalidez suscritos. Aunque no se le formularon preguntas sobre una patología o enfermedad en particular, esa sentencia 72/2016, de 17 de febrero, concluyó que, teniendo el asegurado antecedentes de enfermedad psíquica (depresión) que venían mereciendo atención y tratamiento continuado desde al menos doce años antes de su adhesión, «nada justificaba que respondiera negativamente a la pregunta de si había tenido o tenía alguna limitación psíquica o enfermedad crónica, y menos aún que también negara haber padecido en los cinco años anteriores alguna enfermedad que precisara tratamiento médico».

4. El presente asunto presenta una mayor similitud con el analizado por la sentencia 157/2016, de 16 de marzo, y, en consecuencia, la solución ha de ser la misma. En el asunto resuelto por la sentencia 726/2016, de 12 de diciembre, a pesar de que la declaración de salud era de un tenor muy similar a la que ahora se enjuicia (no en vano, ya se ha dicho que en ambos casos se trata de seguros suscritos por la misma entidad aseguradora), lo determinante para que entonces se apreciara que hubo ocultación dolosa fue que el asegurado era conocedor de que sufría una patología cardíaca y respiratoria grave, por la que había precisado tratamiento con oxígeno domiciliario, y que, preguntado expresamente sobre si padecía o había padecido alguna enfermedad de esa misma naturaleza (cardíaca o respiratoria), lo negó, afirmando tener buena salud y plena capacidad para trabajar. En el asunto resuelto por la sentencia 72/2016, aunque las preguntas fueron más genéricas y no se le interrogó sobre una patología en concreto, al menos sí se le preguntó sobre si había tenido o tenía alguna limitación física o enfermedad crónica, situación en la que encajaban sus antecedentes por depresión. En cambio, en el presente caso, a diferencia de los dos anteriores, dados los términos en que se encuentra redactada la declaración de salud por parte de la compañía aseguradora, no cabe entender que porque la tomadora no manifestara en 2009 los antecedentes de posible psicosis que padecía desde finales de 2003 estuviera ocultando datos de salud relevantes para la valoración del riesgo, pues no se le preguntó específicamente sobre si padecía o había padecido enfermedad o patología afectante a su salud mental (solo se aludió a patologías de tipo cardíaco, respiratorio, oncológico, circulatorio, infeccioso, del aparato digestivo o endocrino -diabetes-) ni si padecía enfermedad de carácter crónico, con tratamiento continuado, que ella pudiera vincular de forma razonable con esos antecedentes de enfermedad mental que condujeron finalmente a la incapacidad. En tales circunstancias, siguiendo el criterio de la sentencia 157/2016, de 16 de marzo, ha de ser la aseguradora la que soporte la imprecisión del cuestionario -declaración de salud- y la consecuencia de que por tal imprecisión no llegara a conocer el estado de salud de la asegurada en el momento de suscribir la póliza, sin que

pueda apreciarse incumplimiento doloso por el tomador del seguro del deber de declaración del riesgo que permita liberar a la aseguradora del pago de la prestación reclamada con base en los arts. 10 y 89 LCS.

5. Como consecuencia de lo anterior, procede estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la demandante, revocar la sentencia apelada y estimar la demanda. Por tanto, se condena a la entidad aseguradora demandada a pagar a la beneficiaria Caixa Rural DALgemesí S. Coop. V. de Crèdit, la suma de 171.938,45 euros (cantidad que se concretó en el acto de la audiencia previa, coincidente con el importe de la deuda pendiente de amortizar en la fecha en que sobrevino el siniestro, 8 de noviembre de 2011, según certificado emitido por la entidad beneficiaria prestamista), salvo lo ya pagado de esa cantidad por la propia demandante, en cuyo caso el pago se hará a esta, y a pagar a la demandante las cantidades reclamadas en la demanda en concepto de intereses (remuneratorios del capital del préstamo hipotecario) y gastos bancarios que la parte demandante haya ido abonando desde la fecha del siniestro. Todas estas cantidades deberán incrementarse con los intereses de demora del art. 20 LCS, calculados durante los dos primeros años siguientes al siniestro al tipo legal más un 50% y a partir de ese momento, al tipo del 20% si aquel no resulta superior (sentencia de Pleno 251/2007, de 1 de marzo, seguida, entre otras, por las sentencias 632/2011, de 20 de septiembre, 165/2012, de 12 de marzo, y 736/2016, de 21 de diciembre)»

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2798/2014] DE 6 DE ABRIL DE 2017 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Concurso de acreedores.- Créditos contra la masa: la TGSS no está legitimada para iniciar o proseguir la ejecución administrativa encaminada a la satisfacción de créditos contra la masa una vez abierta la fase de liquidación del concurso. El único escenario donde se justifica una ejecución del crédito contra la masa al margen del concurso es el de cumplimiento del convenio. Si el concurso de acreedores entra en la fase de liquidación habrá una única ejecución universal de todo el patrimonio del deudor concursado para el pago de los créditos conforme a las reglas legales de preferencia de cobro previstas para acreedores tanto concursales como de la masa.

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

La entidad Astilleros de Sevilla, S.A. (ASSA) fue declarada en concurso de acreedores, el día 22 de octubre de 2010.

El juzgado que conocía del concurso abrió la fase de liquidación el 3 de febrero de 2012.

El día 15 de mayo de 2012, fue aprobado el plan de liquidación propuesto por la administración concursal.

El día 26 de abril de 2013, la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS), por medio de su Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Dirección Provincial de Sevilla, acordó el embargo de la cuenta corriente de la concursada 0049 6726 95 2816171278, de la que detrajo la suma de 1.725.814,62 euros, para cobro de créditos contra la masa devengados a favor de la Seguridad Social. Este embargo fue notificado a la concursada el 4 de junio de 2013.

2. La administración concursal interpuso el incidente concursal en el curso del cual se dictó la sentencia ahora recurrida. En la demanda se solicitaba el alzamiento del embargo acordado y que se ordenara a la TGSS devolver el importe embargado y detraído (1.725.814,62 euros).

El juzgado de lo mercantil se hizo eco de la doctrina emanada de una previa sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictada en un caso muy semejante al presente, pues afectaba a las mismas partes y la cuestión jurídica era la misma, lo único que cambiaba eran los bienes y derechos embargados. Según esta doctrina, conforme al tenor literal del art. 84.4 LC, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, cabe la apertura de las ejecuciones administrativas con respecto de créditos contra la masa en las condiciones establecidas en dicho precepto, sin que esto suponga entrar en contradicción con los arts. 8.3º y 4º, 24.4, 145, 148 y 176bis LC. La ejecución separada prevista en el art. 84.4 LC constituye una excepción legal a la prohibición de ejecuciones prevista en el art. 55 LC, sin que tampoco se contravenga con ello el art. 154 LC.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia confirmó la sentencia, se volvió a ratificar en esta doctrina y desestimó el recurso.

3. Frente a la sentencia de apelación, la administración concursal interpone recurso de casación, sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. *Recurso de casación*

1. *Formulación del motivo único.* El motivo se funda en la infracción de los arts. 8.3º y 4º, 24.4, 145, 148, 154 y 176bis LC, por parte de la sentencia recurrida, que considera que el nuevo art. 84.4 LC permite la auto-tutela de la administración, en este caso, de la TGSS, en el sentido de posibilitar las ejecuciones administrativas separadas e independientes del concurso de acreedores, sin necesidad de intervención del juez del concurso, y sin sometimiento al plan de liquidación aprobado judicialmente. El recurso entiende que, con la infracción de los citados preceptos, se vulneran los principios básicos que conforman el concurso de acreedores: la *par condicio creditorum*, la unidad y universalidad del proceso concursal, la afectación de todos los activos de la concursada al plan de liquidación y la vinculación de todos los acreedores al concurso y al orden de pagos legalmente establecido y determinado por la administración concursal.

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

2. *Estimación del motivo.* La cuestión planteada en este recurso es la misma que había sido planteada en un previo recurso de casación, interpuesto por la misma administración concursal frente a otra sentencia de la misma Audiencia Provincial, que aplicó la misma doctrina para justificar la legitimación de la TGSS de proseguir la ejecución administrativa para la satisfacción de créditos contra la masa, una vez abierta la fase de liquidación del concurso. Aquel recurso de casación fue resuelto por la sentencia 711/2014, de 12 de diciembre. Es lógico que, para resolver el presente recurso de casación, sigamos la doctrina contenida en aquel precedente, en la medida en que no consta ninguna circunstancia que justifique que nos apartemos de él.

La redacción originaria de la Ley Concursal, el art. 154.2 LC, inciso tercero, disponía lo siguiente: «las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o

transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos».

La reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, trasladó la referencia a la ejecución de los créditos contra la masa al apartado 4 del art. 84 LC, de paso que especificó que estas ejecuciones podían ser judiciales o administrativas: «no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos».

Aparte de la ubicación sistemática de la norma, su redacción actual no altera la regla jurídica, pues simplemente aclara que la ejecución puede ser también administrativa. Pero al margen de esta especificación o aclaración, la regla jurídica contenida en el precepto, ya sea en su redacción originaria (art. 154.4 LC), ya lo sea en la actual (art. 84.4 LC), precisa de una interpretación sistemática con el resto de los preceptos de la Ley Concursal.

3. Conforme a una interpretación literal del precepto, parecería que cualquier crédito contra la masa podría ejecutarse, una vez transcurrida la paralización temporal que supone la espera a la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación o el mero transcurso de un año. Pero esta interpretación choca frontalmente, como advierte el recurrente, con el sentir que se desprende del resto de las normas concursales.

El art. 8-3º LC atribuye al juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado». Esta norma se corresponde con la regla general, contenida en el art. 55.1 LC: «declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor».

Con ello se pretende preservar la integridad del patrimonio frente a ejecuciones separadas que, de facto, distorsionen la aplicación efectiva del principio de la *par condicio creditorum*.

Es cierto que la propia Ley ha admitido algunas excepciones, dentro del propio art. 55 LC, en relación con los procedimientos de apremio administrativos o las ejecuciones laborales en los que ya se hubiera embargado algún bien concreto y determinado, pero únicamente respecto de estos bienes concretos y determinados ya embargados antes de la declaración de concurso. Esta norma guarda cierta relación con el art. 56 LC, según el cual no afectará esta paralización o suspensión de ejecuciones a las garantías reales y a las acciones de recuperación de bienes asimiladas, cuando recaigan sobre bienes del concursado que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En el caso de bienes necesarios, lo que se acuerda es una paralización temporal: «hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación».

4. Con estos antecedentes, resulta muy relevante advertir cuál es la previsión normativa contenida en el art. 57.3 LC, en caso de apertura de la fase de liquidación:

«Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada».

Esta norma responde a la lógica de que, si el concurso de acreedores entra en la fase de liquidación, haya una única ejecución universal de todo el patrimonio del deudor concursado, para que pueda asegurarse el pago de los créditos conforme a las reglas legales de preferencia de cobro, previstas para acreedores tanto concursales como contra la masa. Las únicas excepciones serán las ejecuciones administrativas o laborales que sobre bienes embargados antes de la declaración de concurso no se hayan visto afectadas por la paralización prevista en el art. 55 LC, y las ejecuciones de garantías y las acciones de recuperación asimiladas que se hubieran iniciado antes del concurso o

antes de la liquidación (caso de haberse visto afectadas por la suspensión o la paralización).

Lo que resulta claro es que una vez abierta la fase de liquidación no cabe abrir apremios administrativos o ejecuciones separadas.

La prohibición de ejecuciones prevista en el art. 55 LC opera tanto sobre créditos concursales, como sobre los créditos contra la masa, y cesa con la aprobación del convenio, conforme a lo regulado en el art. 133.2 LC.

5. En otras resoluciones anteriores (desde la sentencia 237/2013, de 9 de abril), con ocasión de reconocer que el crédito por cuotas de la seguridad social posteriores a la declaración de concurso, en cuanto crédito contra la masa, es exigible conforme a lo previsto en el art. 84.3 LC , y por ello puede devengar recargos, que también gozan de la consideración de crédito contra la masa, ya advertíamos que el crédito contra la masa «no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC)».

En principio, conforme al art. 84.3 LC, los créditos contra la masa deben ser satisfechos a su vencimiento, sin perjuicio de que, con las excepciones legales, la administración concursal pueda alterar esta regla «cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa». En esta situación, de suficiencia de bienes y de falta de tesorería o liquidez para el pago de determinados créditos contra la masa, no tiene sentido que se pueda admitir una ejecución separada del patrimonio del deudor concursado a favor de cualquier titular de un crédito contra la masa.

Si no hubiera bienes o derechos suficientes para asegurar el pago de todos los créditos contra la masa, nos encontraríamos en el caso regulado por el art. 176 bis. 2 LC. Este precepto impone a la administración concursal, cuando advierta que no habrá bienes suficientes para pagar los créditos contra la masa, que lo comunique al juez y que proceda al pago de acuerdo con un orden de prelación concreto y determinado. En este contexto, también carece

de sentido una ejecución contra la masa, si se quiere preservar el orden de prelación legal.

En realidad, el único escenario en que podría admitirse una ejecución de créditos contra la masa es el que se abre con la aprobación del convenio, en que se levantan los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC). Así como el impago de los créditos concursales provocaría la rescisión del convenio y la apertura de la liquidación (art. 140 LC), el impago de los créditos contra la masa daría lugar a su reclamación de pago y, si fuera necesario, a la preceptiva ejecución.

Propiamente, este impago no podría justificar la acción de incumplimiento del convenio y de apertura de la liquidación del art. 140 LC, sino la acción de petición de apertura de la fase de liquidación al amparo del art. 142.2.II LC, cuando constituya uno hecho revelador de la insolvencia del art. 2.4 LC. Con esta última afirmación matizamos este aspecto del razonamiento *obiter dictum* de la sentencia 711/2014, de 12 de diciembre.

En cualquier caso, una vez abierta la fase de liquidación por cualquier de las causas legales, y con ella reinstaurado el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del art. 55 LC, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, por otra parte, si no se iniciaron antes de la apertura de la fase de liquidación ya no podrá hacerse al margen de la liquidación concursal.

Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del art. 154 LC, y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS.

6. La estimación del recurso de casación conlleva a su vez que, al asumir la instancia, estimemos por las mismas razones el recurso de apelación formulado por la administración concursal frente a la sentencia de primera instancia, y que acordemos la estimación íntegra de la demanda interpuesta por la administración concursal. La

TGSS, para la satisfacción de un crédito contra la masa una vez abierta la fase de liquidación del concurso, no podía embargar bienes o derechos de la deudora concursada incluidos en la masa activa. Esos embargos deben entenderse sin efecto y si con su realización la TGSS ha cobrado algo, debe retornarlo a la masa, sin perjuicio de exigir después de la administración concursal el pago de sus créditos contra la masa, de acuerdo con el orden previsto en la Ley Concursal».