

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 68

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

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SENTENCIA DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA [Recurso C-290/2016] DE 6 DE JULIO DE 2017

Transporte aéreo. Al publicar sus tarifas, las compañías aéreas deben precisar por separado los importes que adeudan los clientes por los impuestos, tasas de aeropuerto y demás cánones, recargos y derechos, de modo que no pueden incluir, ni siquiera parcialmente, esos conceptos en la tarifa. Asimismo, es posible la impugnación por abusiva de una cláusula que figura en las condiciones generales de contratación de una compañía aérea y que permite facturar gastos de tramitación a los clientes que no se hayan presentado a un vuelo o que hayan anulado su reserva.

«El 26 de abril de 2010, el Bundesverband simuló una reserva en el sitio de Internet de Air Berlin para un vuelo sencillo con origen en el aeropuerto de Berlín-Tegel (Alemania) y con destino a Colonia (Alemania). En la primera fase de la reserva se mostró una lista que presentaba, en forma de cuadro, posibles conexiones aéreas a distintos precios. Una vez seleccionada una de las conexiones aéreas, un cuadro que contenía distintos conceptos y sus precios presentaba un importe de 3 euros por «Impuestos y tasas». En otra simulación de reserva realizada por el Bundesverband en ese mismo sitio de Internet, el 20 de junio de 2010, para un vuelo de ida y vuelta con origen en Berlín-Tegel y con destino a Fráncfort del Meno (Alemania), resultaba un importe de 1 euro por «Impuestos y tasas».

11. El Bundesverband considera que los importes de los impuestos y tasas en los términos indicados en el sitio de Internet de Air Berlin eran muy inferiores a los que efectivamente adeudaba la compañía aérea con arreglo a los baremos de las tasas aeroportuarias de los aeropuertos en cuestión y, en consecuencia, podían inducir a error al consumidor. Al estimar que esa presentación de la información vulneraba el artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008, el Bundesverband ejercitó ante el Landgericht Berlin (Tribunal Regional Civil y Penal de Berlín, Alemania) una acción de cesación de esa práctica.

12. En esa misma acción, el Bundesverband también impugnó la legalidad de la cláusula que figura en el apartado

5.2 de las condiciones generales de contratación de Air Berlin, consultables en su sitio de Internet (en lo sucesivo, «condiciones generales de contratación»), que establece que Air Berlin deducirá, como gastos de tramitación, un importe de 25 euros por reserva y pasajero sobre la cuantía que se le habrá de devolver cuando éste no se haya presentado a un vuelo o cuando haya anulado su reserva. El Bundesverband explicó que dicha cláusula infringía el artículo 307 del BGB puesto que perjudicaba de forma desproporcionada a las partes contratantes de la compañía aérea. Añadió que Air Berlin no puede exigir el pago de gastos específicos por cumplir una obligación legal.

13. El Landgericht Berlin (Tribunal Regional Civil y Penal de Berlín) estimó la demanda del Bundesverband y ordenó a Air Berlin, bajo pena de sanciones, por una parte, que dejara de mostrar, en concepto de «Impuestos y tasas», en la presentación de los precios correspondientes a vuelos en su sitio de Internet, importes que no se corresponden con los que dicha compañía aérea ha de abonar efectivamente y, por otra parte, que suprimiera el apartado 5.2 de sus condiciones generales de contratación.

14. Al haberse desestimado la apelación que Air Berlin interpuso ante el Kammergericht Berlin (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Berlín, Alemania), esta compañía aérea recurrió en casación ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Alemania).

15. El Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) se pregunta, en primer lugar, acerca de la interpretación que ha de darse al artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008. Habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ese tribunal alberga dudas en cuanto a si la presentación de los precios en el sitio de Internet de Air Berlin se adecua a los requisitos que impone esa disposición.

16. En segundo lugar, dicho tribunal desea que se le aclare la interpretación del artículo 22, apartado 1, del citado Reglamento para determinar si la norma establecida en esa disposición -según la cual, las compañías aéreas fijarán libremente las tarifas y fletes de los servicios aéreos en el interior de la Unión- puede justificar que se impongan, mediante las condiciones generales de contratación de Air Berlin, gastos específicos a los pasajeros que no se hayan presentado a un vuelo o que hayan anulado su reserva.

17. En estas circunstancias, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) decidió suspender el procedimiento y

plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008 en el sentido de que, al publicar sus tarifas, las compañías aéreas deben precisar el importe efectivo de los impuestos, las tasas de aeropuerto y otros cánones, recargos y derechos, mencionados en las letras b) a d), y, por tanto, no pueden incluirlos parcialmente en las tarifas mencionadas en la letra a) de dicha disposición?

2) ¿Debe interpretarse el artículo 22, apartado 1, del Reglamento n.º 1008/2008 en el sentido de que se opone a la aplicación de una norma nacional relativa a las condiciones generales de contratación, adoptada sobre la base del Derecho de la Unión, con arreglo a la cual no cabe imponer una comisión de gestión específica a los clientes por el hecho de que no se hayan presentado a un vuelo o lo hayan cancelado?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión prejudicial

18. Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta si el artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008 debe interpretarse en el sentido de que, al publicar sus tarifas, las compañías aéreas deben precisar el importe efectivo de los impuestos, tasas de aeropuerto y demás cánones, recargos y derechos, mencionados en el artículo 23, apartado 1, tercera frase, letras b) a d), de dicho Reglamento, y no pueden, por tanto, incluir parcialmente dichos conceptos en la tarifa mencionada en el artículo 23, apartado 1, tercera frase, letra a), del citado Reglamento.

19. El artículo 23, apartado 1, segunda frase, del Reglamento n.º 1008/2008 establece que, al publicar, incluso en Internet, tarifas y fletes aéreos disponibles para el público en general, «se indicará en todo momento el precio final que deba pagarse, que incluirá la tarifa o flete aplicable, así como todos los impuestos aplicables y los cánones, recargos y derechos que sean obligatorios y previsibles en el momento de su publicación». El artículo 23, apartado 1, tercera frase, de dicho Reglamento dispone que, además de la indicación del precio final, deberán precisarse la tarifa o flete, al igual que los impuestos, las tasas de aeropuerto y otros cánones, recargos o derechos, tales como los relacionados con la seguridad extrínseca o el combustible, cuando se hayan añadido a la tarifa o flete esos conceptos.

20. Según Air Berlin, las compañías aéreas no están obligadas a publicar por separado el importe de los impuestos, de las tasas de aeropuerto y de los demás cánones, recargos o derechos, contemplados en el artículo 23, apartado 1, tercera frase, letras b) a d), del Reglamento n.º 1008/2008, si esos conceptos se incluyen en la tarifa mencionada en el artículo 23, apartado 1, tercera frase, letra

a), de dicho Reglamento. Air Berlin considera que, para permitir al cliente comparar los distintos precios propuestos por las compañías aéreas, sólo es determinante el precio final.

21. El Bundesverband, el Gobierno alemán y la Comisión Europea sostienen, por su parte, que el artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008 obliga a las compañías aéreas a precisar el importe de los distintos componentes del precio final.

22. Procede recordar que, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión, debe tenerse en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (sentencia de 19 de julio de 2012, *ebookers.com Deutschland*, C-112/11, EU:C:2012:487, apartado 12 y jurisprudencia citada).

23. Del tenor del artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008 resulta que la obligación de precisar por lo menos la tarifa, los impuestos, las tasas de aeropuerto y los demás cánones, recargos o derechos cuando esos componentes se hayan sumado a la tarifa, completa la obligación de indicar el precio final que resulta del artículo 23, apartado 1, segunda frase (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de enero de 2015, *Air Berlin*, C-573/13, EU:C:2015:11, apartado 44).

24. Por consiguiente, contrariamente a lo que sostiene Air Berlin, en particular invocando el considerando 16 del Reglamento n.º 1008/2008, la compañía aérea que se limite a mencionar el precio final no cumple las disposiciones del artículo 23, apartado 1, tercera frase, de dicho Reglamento, pues dichas disposiciones obligan a indicar los importes de los distintos conceptos que componen ese precio.

25. No desvirtúa esta conclusión la alegación formulada por Air Berlin de que el propio tenor del artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008 sólo obliga a las compañías aéreas a precisar los conceptos contemplados en el artículo 23, apartado 1, tercera frase, letras b) a d), de dicho Reglamento «cuando [dichos conceptos] se hayan añadido a la tarifa», y no cuando se hayan incluido en dicha tarifa.

26. En efecto, el artículo 2, punto 18, del Reglamento n.º 1008/2008, que define el concepto de «tarifas aéreas», no menciona como elementos incluidos en dicha tarifa los impuestos, las tasas de aeropuerto y los demás cánones, recargos y derechos. De ello resulta que las compañías aéreas no están autorizadas a incluir estos elementos en la tarifa que deben precisar con arreglo al artículo 23, apartado 1, tercera frase, letra a), de dicho Reglamento.

27. También contrariamente a lo que sostiene Air Berlin, tal interpretación del artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008 no vacía de contenido a esta disposición. En efecto, los términos «cuando se hayan

añadido a la tarifa [...] los conceptos contemplados en [el artículo 23, apartado 1, tercera frase, letras b), c) y d)]» tienen por objeto manifiesto distinguir el supuesto en que las compañías aéreas optan por repercutir estos conceptos a sus clientes del supuesto en que optan por asumirlos ellas mismas, y sólo existe la obligación de precisar dichos conceptos en el primer supuesto.

28. De lo anterior resulta que los distintos conceptos que componen el precio final que debe pagarse, mencionados en el artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008, deben comunicarse siempre al cliente con los importes que representan en ese precio final.

29. Esta interpretación se ve corroborada por el análisis tanto de los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte la disposición controvertida en el asunto principal como de su contexto.

30. El artículo 23, apartado 1, del Reglamento n.º 1008/2008 tiene como finalidad, en especial, garantizar la información y transparencia de los precios de los servicios aéreos con origen en un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro y contribuye, por tanto, a la protección del cliente que recurre a dichos servicios. A este respecto, establece obligaciones de información y de transparencia, en particular, sobre las condiciones aplicables a las tarifas aéreas, el precio final que deba pagarse, la tarifa aérea y los elementos del precio obligatorios y previsibles que se le añadan, así como los suplementos opcionales de precio correspondientes a servicios que completan el propio servicio aéreo (sentencia de 18 de septiembre de 2014, Vueling Airlines, C-487/12, EU:C:2014:2232, apartado 32).

31. Pues bien, el objetivo de información y transparencia de los precios no se alcanzaría si hubiese que interpretar el artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008 en el sentido de que permite a las compañías aéreas optar entre incluir los impuestos, las tasas de aeropuerto y los demás cánones, recargos y derechos en la tarifa o indicar esos distintos conceptos por separado.

32. Por lo demás, una interpretación distinta del artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008 podría privar a esta disposición de toda eficacia. En efecto, por una parte, la inclusión parcial en la tarifa de los conceptos mencionados en el artículo 23, apartado 1, tercera frase, letras b) a d), del Reglamento n.º 1008/2008 llevaría únicamente a precisar importes ajenos a la realidad. Por otra parte, la inclusión íntegra de esos conceptos en la tarifa implicaría que el importe indicado como tarifa podría ser igual al precio final que se ha de pagar. Pues bien, la obligación de precisar el precio final que ha de pagarse ya se establece en el artículo 23, apartado 1, segunda frase, de dicho Reglamento.

33. Por último, procede analizar la alegación de Air Berlin de que es imposible indicar los importes reales de los conceptos mencionados en el artículo 23, apartado 1, tercera frase,

letras c) y d), del Reglamento n.º 1008/2008, pues esos importes se desconocen cuando se reserva el vuelo.

34. Procede señalar al respecto que, al comprar un billete, el cliente debe pagar un precio final y no provisional. En consecuencia, si, como sostiene Air Berlin, sólo puede conocerse con exactitud el importe de determinados cánones o de determinados recargos o derechos, tales como los relacionados con el combustible, una vez que se ha realizado el vuelo, y a veces incluso varios meses después, los importes de los impuestos, las tasas de aeropuerto y los demás cánones, recargos y derechos mencionados en las letras b) a d), del artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008, que debe abonar el cliente se corresponden con la estimación que hace la compañía aérea cuando se reserva el vuelo.

35. En este sentido, el artículo 23, apartado 1, segunda frase, del Reglamento n.º 1008/2008 dispone también que los componentes del precio final que deba pagar el cliente son, además de la tarifa o flete, todos los impuestos aplicables y los cánones, recargos y derechos que sean «previsibles en el momento de su publicación».

36. Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 23, apartado 1, tercera frase, del Reglamento n.º 1008/2008 debe interpretarse en el sentido de que, al publicar sus tarifas, las compañías aéreas deben precisar por separado los importes que adeudan los clientes por los impuestos, tasas de aeropuerto y demás cánones, recargos y derechos, mencionados en el artículo 23, apartado 1, tercera frase, letras b) a d), de dicho Reglamento, y, por tanto, no pueden incluir, ni siquiera parcialmente, esos conceptos en la tarifa mencionada en el artículo 23, apartado 1, tercera frase, letra a), del citado Reglamento.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

37. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide que se dilucide, en esencia, si el artículo 22, apartado 1, del Reglamento n.º 1008/2008 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la aplicación de una normativa nacional que transpone la Directiva 93/13 pueda llevar a anular una cláusula que figura en las condiciones generales de contratación y que permite facturar gastos de tramitación a tanto alzado específicos a los clientes que no se hayan presentado a un vuelo o que hayan anulado su reserva.

38. El tribunal remitente considera que el apartado 5.2 de las condiciones generales de contratación, que establece la deducción de 25 euros por pasajero y reserva como gastos de tramitación en caso de anulación de una reserva de un vuelo de tarifa económica o de no presentación a embarque, perjudica de forma desproporcionada a los clientes de Air Berlin y es ineficaz, de conformidad con el artículo 307, apartado 1, del BGB.

39. El tribunal remitente también precisa que el artículo 307, apartado 1, primera frase, y el artículo 307, apartado 2, punto 1, del BGB transpone en Derecho alemán el artículo 3, apartado 1, y el artículo 6, apartado 1, primera mitad de la primera frase, de la Directiva 93/13.

40. Air Berlin alega al respecto en sus observaciones escritas que, para considerar abusiva la cláusula que figura en el apartado 5.2 de las condiciones generales de contratación, los órganos jurisdiccionales alemanes de primera y segunda instancia se basaron exclusivamente en el Derecho nacional y no en el Derecho de la Unión.

41. Procede recordar que, en un procedimiento prejudicial, el Tribunal de Justicia sólo es competente para pronunciarse sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión en relación con la situación fáctica y jurídica descrita por el órgano jurisdiccional remitente, con el fin de proporcionar a éste los elementos útiles para la solución del litigio que se le ha sometido (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de abril de 2017, A-Rosa Flussschiff, C-620/15, EU:C:2017:309, apartado 35).

42. En estas circunstancias, procede responder a la segunda cuestión prejudicial partiendo de la premisa, que es la del tribunal remitente, de que la normativa nacional que tiene por objeto proteger a los consumidores contra las prácticas abusivas, concretamente el artículo 307 del BGB, en virtud de la cual dicho tribunal considera abusiva la cláusula que figura en el apartado 5.2 de las condiciones generales de contratación, se fundamenta en el Derecho de la Unión en la medida en que dicha normativa transpone la Directiva 93/13.

43. El tribunal remitente se pregunta si, conforme a la sentencia de 18 de septiembre de 2014, Vueling Airlines (C-487/12, EU:C:2014:2232), hay que considerar que la libertad reconocida a las compañías aéreas de fijar las tarifas con arreglo al artículo 22, apartado 1, del Reglamento n.º 1008/2008 se opone a que una normativa nacional que transpone el Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores se aplique a tal cláusula.

44. Sin que sea necesario pronunciarse sobre si los gastos de tramitación a tanto alzado establecidos por la cláusula que figura en el apartado 5.2 de las condiciones generales de contratación están incluidos en el concepto de «tarifas aéreas» en el sentido del Reglamento n.º 1008/2008 y, como consecuencia, si esa cláusula es conforme con la libertad de fijación de precios establecida en el artículo 22, apartado 1, de dicho Reglamento, hay que señalar que el propósito de la Directiva 93/13, de conformidad con su artículo 1, apartado 1, es aproximar las disposiciones de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Por tanto, se trata de una directiva general de protección de los consumidores que se aplica en todos los sectores de actividad económica. El objetivo de esta Directiva no es restringir la libertad de fijación de precios de las compañías aéreas, sino que

persigue obligar a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo, en aras de la protección que debe concederse al consumidor por hallarse en situación de inferioridad respecto del profesional, tanto en lo que atañe a la capacidad de negociación como al nivel de información (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 51 y jurisprudencia citada).

45. En este contexto, sólo cabría admitir que dicha Directiva no es aplicable en el ámbito de los servicios aéreos regulado por el Reglamento n.º 1008/2008 si así lo establecieran con claridad las disposiciones de dicho Reglamento. Pues bien, ni el tenor del artículo 22 del Reglamento n.º 1008/2008, relativo a la libertad de fijación de precios, ni el tenor de las demás disposiciones de dicho Reglamento permiten sacar tal conclusión, aunque la Directiva 93/13 ya estaba vigente en la fecha en que se adoptó ese mismo Reglamento.

46. Tampoco cabe deducir del objetivo perseguido por el artículo 22, apartado 1, del Reglamento n.º 1008/2008 que los contratos de transporte aéreo no estén sometidos al cumplimiento de las normas generales que protegen a los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

47. A este respecto, la Comisión señala acertadamente que la libertad de fijación de precios establecida en el artículo 22 del Reglamento n.º 1008/2008 es la culminación de una progresiva eliminación del control de precios ejercido por los Estados miembros para abrir el sector a la competencia. Como indicó el Abogado General Bot en el punto 27 de sus conclusiones presentadas en el asunto Vueling Airlines (C-487/12, EU:C:2014:27), la liberalización del mercado aéreo tenía por objetivo conseguir una mayor diversificación de la oferta y una fijación de precios más bajos, en beneficio de los consumidores. Así, el Reglamento (CEE) n.º 2409/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos (DO 1992, L 240, p. 15), derogado por el Reglamento n.º 1008/2008, indicaba en su quinto considerando que convenía «complementar la libertad de precios con medidas de salvaguardia suficientes, que protejan los intereses de los consumidores y de la industria».

48. La sentencia de 18 de septiembre de 2014, Vueling Airlines (C-487/12, EU:C:2014:2232), no puede conducir a una conclusión distinta. En esa sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 22, apartado 1, del Reglamento n.º 1008/2008 se opone a una normativa, como la controvertida en aquel asunto, que tiene por finalidad obligar, en cualquier circunstancia, a las compañías aéreas a transportar el equipaje facturado de sus pasajeros sin poder exigir ningún suplemento de precio por ello. En cambio, el Tribunal de Justicia en modo alguno estableció que la libertad de fijación de precios se opone, con carácter general, a la aplicación de cualquier norma de protección de los consumidores. Por el contrario, el Tribunal de Justicia indicó que, sin perjuicio de la aplicación, en particular, de las

normas en materia de protección de los consumidores, el Derecho de la Unión no se opone a que los Estados miembros regulen aspectos relativos al contrato de transporte aéreo, especialmente a efectos de proteger a los consumidores contra las prácticas abusivas, siempre que no se cuestionen las disposiciones sobre precios del Reglamento n.º 1008/2008 (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de septiembre de 2014, Vueling Airlines, C-487/12, EU:C:2014:2232, apartado 44).

49. Así pues, no es posible deducir de dicha sentencia que el artículo 22, apartado 1, del Reglamento n.º 1008/2008 se oponga a la aplicación de una normativa nacional que transpone disposiciones del Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores como las de la Directiva 93/13.

50. De las consideraciones anteriores resulta que la libertad de fijación de los precios de los servicios aéreos en el interior de la Unión, establecida en el artículo 22, apartado 1, del Reglamento n.º 1008/2008, no puede impedir la aplicación de tal normativa nacional a las cláusulas de los contratos de transporte aéreo.

51. La respuesta contraria conllevaría privar a los consumidores de los derechos que les otorga la Directiva 93/13 en el ámbito de la fijación de los precios de los servicios aéreos y permitir que las compañías aéreas pudieran incluir en los contratos celebrados con los pasajeros -al no existir control alguno- cláusulas abusivas en la fijación de precios.

52. Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 22, apartado 1, del Reglamento n.º 1008/2008 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la aplicación de una normativa nacional que transpone la Directiva 93/13 pueda llevar a anular una cláusula que figura en las condiciones generales de contratación y que permite facturar gastos de tramitación a tanto alzado específicos a los clientes que no se hayan presentado a un vuelo o que hayan anulado su reserva».

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3292/2014] DE 27 DE JUNIO DE 2017 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Contrato marco de operaciones financieras: interpretación de convenio arbitral. El órgano judicial ante el que se plantea la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral, y si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es

aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, debe rechazar la declinatoria y continuar conociendo del litigio. En el caso de los convenios arbitrales contenidos en un contrato de adhesión predispuesto por una de las partes no puede realizarse una interpretación del convenio arbitral que extienda la competencia de los árbitros a cuestiones que no estén expresa e inequívocamente previstas como arbitrables en la cláusula compromisoria.

«En el litigio promovido por Agrumexport S.A. (en lo sucesivo, Agrumexport) contra Banco Popular Español S.A. (en lo sucesivo, Banco Popular) en el que aquella sociedad solicitó la nulidad de sendos contratos de «Swap Apalancado Euribor-Popular» y «Put con Barrera» concertados entre las partes, Banco Popular formuló declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje, que fue desestimada por el juzgado, que estimó en parte la demanda y declaró la nulidad del contrato de put, no así la del contrato de swap. Banco Popular reiteró la falta de jurisdicción por sumisión a arbitraje en el recurso de apelación que formuló ante la Audiencia Provincial, pero esta desestimó el recurso. 2.-

Banco Popular ha formulado exclusivamente recurso extraordinario por infracción procesal. La cuestión objeto de este recurso ha quedado circunscrita a la desestimación de la declinatoria que planteó Banco Popular con base en el convenio arbitral que se contiene en las condiciones generales del contrato marco de operaciones financieras (en lo sucesivo, CMOF) suscrito entre Banco Popular y Agrumexport y al alcance de la competencia del juez ordinario para interpretar el convenio arbitral y decidir qué materias han sido sometidas a arbitraje, cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje. 3.- Por razones lógicas, procede invertir el orden de resolución de los motivos del recurso, puesto que para decidir si fue correcta la decisión de los tribunales de instancia sobre qué materias quedaban sometidas a arbitraje en interpretación del convenio arbitral, es necesario con carácter previo decidir sobre la amplitud del examen que los órganos jurisdiccionales han de realizar para decidir sobre la eficacia y alcance del convenio arbitral cuando se plantea una declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje.

SEGUNDO.- Formulación del segundo motivo.

1.- El segundo motivo tiene este encabezamiento: «Infracción de las normas sobre jurisdicción (apartado 1º del artículo 469.1 LEC), ya que la sentencia infringe lo dispuesto en el art. 22.1 LA».

2.- En el desarrollo del motivo, Banco Popular argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida vulnera el art. 22.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en lo sucesivo, Ley de Arbitraje) al declarar la incompetencia de los árbitros para conocer la controversia y privarles de decidir sobre su propia competencia.

De acuerdo con el recurso, los órganos jurisdiccionales, para decidir sobre su competencia cuando se les plantea una declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje, solo

pueden realizar un enjuiciamiento *prima facie* del convenio arbitral. Son los árbitros los que, en el procedimiento arbitral, deben decidir sobre su propia competencia y solo *a posteriori*, en el recurso de anulación del laudo arbitral, puede controlarse por la jurisdicción estatal la corrección de la decisión de los árbitros sobre su propia competencia.

TERCERO.- Decisión del tribunal. Extensión del enjuiciamiento del convenio arbitral que debe realizarse por el órgano jurisdiccional para decidir sobre la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje.

1.- La cuestión planteada en el recurso hace referencia al alcance del principio kompetenz-kompetenz (competencia para decidir sobre la propia competencia) contenido en el art. 22 de la Ley de Arbitraje en relación con los dos primeros apartados del art. 11 de dicha ley y a los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevén que, en caso de haberse presentado una demanda ante un órgano judicial, la existencia de convenio arbitral ha de plantearse mediante declinatoria, sin que el juez pueda apreciar de oficio su falta de jurisdicción por tal causa.

2.- Existen dos tesis sobre esta cuestión. La primera sería la llamada «tesis fuerte» del principio kompetenz-kompetenz, que es la que sostiene el recurrente, conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia.

La segunda sería la llamada «tesis débil», según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio.

3.- Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio kompetenz-kompetenz en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje.

Cuando la Ley de Arbitraje ha querido limitar el alcance de la intervención del juez en el enjuiciamiento del convenio arbitral, lo ha hecho expresamente. Así, en el art. 15.5, al regular la formalización judicial del arbitraje, ha establecido un enjuiciamiento muy limitado al prever que «el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando

aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral».

En este caso, no es objeto del procedimiento de formalización del arbitraje la eficacia del convenio arbitral o la interpretación del mismo, sin perjuicio de que deba apreciarse, incluso de oficio, la nulidad radical del convenio arbitral prevista en normas con carácter de orden público como es el caso de los arts. 57.4 y 90.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y denegar en tal caso la formalización del arbitraje.

Al regular cómo puede alegarse la existencia de un convenio arbitral en un litigio judicial ya iniciado, el art. 11 de la Ley de Arbitraje y los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén que tal cuestión se decida mediante declinatoria de jurisdicción. Estos preceptos no establecen limitación alguna del ámbito de enjuiciamiento por el juez de su propia jurisdicción y competencia que lo diferencie de otros supuestos en que ha de realizar tal enjuiciamiento en una declinatoria, como son los de falta de competencia internacional, falta de jurisdicción por causa distinta de la existencia de un convenio arbitral y falta de competencia objetiva o territorial.

4.- Los instrumentos jurídicos internacionales que abordan, directa o indirectamente, el arbitraje, respetan este criterio. Así, en el art. II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, conforme al cual «el tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable», con lo que prevé un enjuiciamiento previo por parte del juez de la validez, eficacia del convenio arbitral y sobre su aplicabilidad a las cuestiones objeto del litigio.

Una previsión similar se contiene en el art. 8.1 de la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional, que la propia exposición de motivos de la Ley de Arbitraje afirma que ha servido de principal criterio inspirador.

Y el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, aunque excluye de su ámbito de aplicación el arbitraje (art. 1.2.d), afirma en su considerando 12 que «ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje [...] examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional».

5.- También es relevante en este sentido que en la tramitación parlamentaria quedara sin efecto la previsión de restringir el ámbito de conocimiento del tribunal en el sentido sostenido por la «tesis fuerte» del principio

kompetenz-kompetenz y que habría obligado al tribunal que conociera del litigio en que se hubiera planteado, mediante excepción, la existencia de un convenio de sumisión a arbitraje a sobreseer el proceso judicial «a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz», que se contenía en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado que se presentó ante las Cortes en el año 2010. El art. 11 de la Ley de Arbitraje quedó redactado, en este aspecto, como lo estaba anteriormente, y la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, solo añadió un párrafo que establecía determinados plazos para la formulación de la declinatoria.

6.- La conclusión de lo expuesto es que si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado, por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio.

7.- Lo expuesto es compatible con el hecho de que, si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje, los árbitros, conforme a lo previsto en el art. 22 de la Ley de Arbitraje, son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto solo puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo, con base en los motivos de impugnación previstos en los apartados a, c y e del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje.

CUARTO.- Formulación del primer motivo

1.- El encabezamiento de este motivo tiene este enunciado: «Infracción de las normas sobre jurisdicción (apartado 1º del artículo 469.1 LEC), ya que la sentencia infringe lo dispuesto en el art. 22.1 LA».

2.- Los argumentos que se expresan en el desarrollo del motivo son, fundamentalmente, que la interpretación de la cláusula de sumisión a arbitraje es errónea cuando afirma que entre las materias sometidas a arbitraje no estaba incluida la validez del contrato, puesto que se trata de una cláusula contenida en el CMOF, y la validez del CMOF no ha sido impugnada por Agrumexport. Los contratos cuya nulidad ha solicitado esta sociedad han sido los de swap y put, y se trata de contratos concertados en ejecución del CMOF, siendo la ejecución de este contrato una de las cuestiones sometidas a arbitraje.

Asimismo, se afirma que el convenio arbitral es omnicompreensivo de cualquier controversia, puesto que el

CMOF contiene una cláusula de sumisión jurisdiccional que se prevé para el caso de que no se estipule convenio arbitral, por lo que este comprendía todas las controversias relativas a la relación negocial.

El recurrente invoca también el art. 1284 del Código Civil, para que se interprete el convenio arbitral de modo que produzca efecto. Y rechaza la aplicación del art. 1288 del Código Civil, puesto que la sumisión a arbitraje no beneficia al predisponente.

Por último, invoca varias sentencias de esta sala que hacen referencia al efecto expansivo y a la interpretación no restrictiva del convenio arbitral, y varias sentencias de Audiencias Provinciales que incluyen las pretensiones referidas a la ineficacia del contrato en las cuestiones sometidas a arbitraje cuando la cláusula arbitral prevé la extensión del arbitraje a las cuestiones relativas a la interpretación y cumplimiento del contrato.

QUINTO.- Decisión del tribunal. La interpretación del convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión.

1.- El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 176/1996, de 11 de noviembre y 9/2005, de 17 de enero, ha considerado el arbitraje como un medio heterónomo de decisión de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados. El arbitraje constituye un sistema de heterocomposición de conflictos, en el que, a diferencia del sistema jurisdiccional, la fuerza decisoria de los árbitros tiene su fundamento, no en el poder del Estado, sino en la voluntad de las partes contratantes, aunque el Ordenamiento jurídico estatal reconoce y regula esa fuerza decisoria.

Por tal razón, la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1996, de 30 de abril, afirmó que la autonomía de la voluntad de las partes, de todas las partes, constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. El Tribunal Constitucional declaró que, salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, pues de otra manera se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva. La sentencia del Tribunal Constitucional 136/2010, de 2 de diciembre, ha precisado que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser «explícita, clara, terminante e inequívoca».

2.- La anterior doctrina del Tribunal Constitucional explica que esta sala, en su sentencia 26/2010, de 11 de febrero, con cita de otras anteriores, haya declarado que la cláusula de sumisión a arbitraje, para ser tenida por eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros.

3.- El convenio arbitral es aquel que expresa la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Se trata de un negocio jurídico y, como tal, ha de ser objeto de interpretación para poder ser aplicado. Dada su naturaleza negocial y la trascendencia que tiene la voluntad de las partes de renunciar a la solución jurisdiccional de los litigios que puedan producirse respecto de determinadas cuestiones, que entronca con su justificación constitucional, tiene especial relevancia que el convenio arbitral sea el resultado de la negociación de las partes o se encuentre contenido en un contrato de adhesión, que ha sido predispuesto por una de las partes, que es la que ha escogido la solución arbitral como la más conveniente a sus intereses, y que la otra parte haya prestado su consentimiento por la adhesión a tal contrato. Se excepciona el caso de las cláusulas no negociadas contenidas en contratos concertados con consumidores que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico (art. 90.1 en relación con el 57.4, ambos TRLCU), que son nulas de pleno derecho, por ser abusivas.

4.- Las sentencias de esta sala 1097/2008, de 20 de noviembre, y 26/2010, de 11 de febrero, afirmaron: «Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del CC que se refieren a los contratos (STS 27 de mayo de 2007, rec. 2613/2000). En la interpretación de los negocios jurídicos, según ha declarado con reiteración esta Sala, debe aceptarse el criterio seguido por el tribunal de instancia, fundado en los datos fácticos obtenidos mediante la valoración de la prueba que por razón de competencia funcional le corresponde, siempre que la interpretación o calificación realizada no sea ilógica o arbitraria o contradiga las normas hermenéuticas aplicables, pues esta situación desplaza la controversia al terreno de una *quaestio iuris* [cuestión jurídica] susceptible de ser resuelta en el recurso de casación».

5.- La trascendencia de la naturaleza negociada o de adhesión del convenio arbitral tiene su claro reflejo en las reglas de interpretación del convenio arbitral. El art. 9.2 de la Ley de Arbitraje prevé que «si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato». Por tal razón es correcta la aplicación que hace la Audiencia Provincial de la regla de interpretación *contra proferentem* contenida en los arts. 1288 del Código Civil y 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, puesto que el convenio arbitral objeto de este litigio está contenido en un contrato de adhesión predispuesto por Banco Popular. La afirmación que hace Banco Popular, para impugnar que se haya aplicado la regla de interpretación *contra proferentem*, de

que la cláusula compromisoria no le es favorable no puede ser aceptada, por cuanto que fue él quien la predispuso en el contrato, por convenir a sus intereses, y quien ha pretendido reiteradamente que se aplique para resolver esta cuestión litigiosa. Y en todo caso, dicha regla de interpretación de los contratos, contenida en los arts. 1288 del Código Civil y 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, no exige para su aplicación que la cláusula cuya interpretación se cuestiona haya sido introducida en el contrato en beneficio exclusivo del predisponente.

6.- A la vista de que solo se puede impedir al litigante adherente que acuda a la tutela jurisdiccional en aquellas cuestiones en las que sea «explícita, clara, terminante e inequívoca» su aceptación, al adherirse al contrato, de que fueran resueltas por arbitraje, no puede realizarse una interpretación del convenio arbitral que extienda la competencia de los árbitros a cuestiones que no estén expresamente e inequívocamente previstas como arbitrables en la cláusula compromisoria. Es la única forma en que puede entenderse que consta la voluntad «explícita, clara, terminante e inequívoca» del adherente de aceptar que tales cuestiones se sometan a arbitraje. Por eso, la interpretación «elástica» del convenio arbitral a que ha hecho referencia alguna sentencia de esta sala (sentencia 605/2005, de 12 de julio), que permita que el convenio arbitral tenga un efecto expansivo y abarque todas las cuestiones relacionadas con el objeto del arbitraje (sentencia 741/2007, de 2 de julio), puede ser aplicable a aquellos convenios arbitrales concertados por negociación, pero no a los contenidos en contratos de adhesión, puesto que tal interpretación no se compadecería con el fundamento de la institución del arbitraje, que es la voluntad «explícita, clara, terminante e inequívoca» de las partes, pero de ambas partes, de renunciar a la posibilidad de someter las controversias a la jurisdicción.

7.- El convenio arbitral contenido en el CMOF suscrito por las partes era del siguiente tenor: «Toda controversia o conflicto que se derive del presente Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá definitivamente mediante Arbitraje de Equidad».

8.- El argumento de la recurrente de que es aplicable el convenio arbitral a los litigios en los que se ejercite una acción de nulidad de los contratos de swap y put, pese a que en el texto de la cláusula arbitral solo se haga referencia expresa a la «interpretación, cumplimiento y ejecución» del contrato marco, porque la acción ejercitada no pretende la anulación del CMOF sino de los contratos de swap y put, no es admisible. Este razonamiento lleva justamente a la conclusión contraria a la pretendida en el recurso, esto es, a la inaplicación de la cláusula arbitral a litigios sobre contratos distintos de aquel en el que se ha insertado la cláusula arbitral, que es el CMOF. No puede considerarse que los contratos de swap y put consistan en una simple ejecución del CMOF, como sostiene el recurrente, y que la impugnación de su validez quede comprendida por tal razón en las cuestiones arbitrables previstas en la cláusula

compromisoria. No es suficiente con la suscripción del CMOF para que, en su ejecución, se entiendan concertados el swap y el put, sino que es necesaria una nueva prestación de consentimiento para la concertación de estos nuevos contratos, mediante la suscripción de las correspondientes «confirmaciones», que tienen una sustantividad negocial diferenciada del contrato de CMOF y de la simple ejecución de este. Buena prueba de ello es que en numerosos litigios en los que se solicitaba la anulación, por vicio del consentimiento, tanto del contrato de swap como del CMOF, esta sala ha declarado la nulidad del swap, pero ha denegado la nulidad del CMOF, por considerar que se trata de contratos diferenciados y con entidad propia, razón por la cual el vicio del consentimiento que afecta al swap no tiene por qué significar la anulación del CMOF al que está ligado.

9.- Que el CMOF contenga una regulación contractual común que sirve para integrar la reglamentación de estos contratos de swap y put en lo no previsto expresamente por estos, no obsta la anterior conclusión. El CMOF contiene también una regulación propia y específica, ajena al contenido de los contratos que pueden celebrarse en ese «marco», como es la de la compensación de los saldos que presenten los distintos contratos concertados al amparo del CMOF a favor y en contra del banco y del cliente, y la forma de liquidar los saldos que resulten a favor de uno u otro. En todo caso, la anulación por error vicio de los contratos que entran en la órbita de aplicación del CMOF no es una cuestión regulada en las estipulaciones de este, como no podía ser de otro modo, ni tiene relación directa con las cláusulas de tal contrato, pues deriva de la falta de información sobre los riesgos específicos de los diversos contratos que pueden celebrarse en el marco del CMOF. La anulación de los contratos de swap y put por error que vicia el consentimiento no puede ser considerado propiamente una controversia o conflicto que derive del contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución. Por tal razón, no puede entenderse comprendida entre las materias sometidas a arbitraje en el convenio arbitral contenido en dicha condición general.

10.- La invocación del art. 1284 del Código Civil no puede servir para sustentar la impugnación formulada en el recurso. La interpretación que la sentencia recurrida ha hecho de la cláusula compromisoria no le priva de eficacia, sino que circunscribe sus efectos a su ámbito correcto, que es el de las controversias o conflictos que deriven del CMOF, su interpretación, cumplimiento y ejecución, pero no otras cuestiones ajenas a este ámbito, como es la nulidad por error vicio de otros contratos celebrados en el marco del CMOF.

11.- Tampoco puede estimarse el último argumento expuesto en el recurso. La existencia de una cláusula de sumisión expresa a determinados juzgados, prevista para el caso de que no exista sumisión a arbitraje, no es significativa de que el convenio arbitral sea omnicompreensivo en el sentido pretendido por Banco Popular, que incluiría como cuestión sometida a arbitraje el conocimiento de las

acciones de nulidad de los contratos de swap y put. En primer lugar, porque esa cláusula de sumisión expresa, contenida en una condición general de un contrato de adhesión, carece de validez conforme al art. 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En segundo lugar, porque lo que en ella se establece, con independencia de su validez, no es incompatible con que el convenio arbitral comprenda algunos aspectos de la relación negocial y otros queden fuera de su ámbito.

12.- Como consecuencia de lo expuesto, el motivo debe desestimarse. La interpretación *contra proferentem* realizada por la Audiencia Provincial, circunscribiendo el ámbito de las cuestiones sujetas a arbitraje a las relacionadas con la interpretación, cumplimiento y ejecución del contrato marco exclusivamente, es correcta no solo porque se ajusta a lo previsto en el art. 9.2 de la Ley de Arbitraje y a las normas sobre reglas de interpretación de contratos de adhesión a la que este precepto se remite, entre las que se encuentra la regla de interpretación *contra proferentem*, sino también porque responde al propio fundamento de la institución arbitral, anclada en la voluntad de las partes, que debe estar expresada de forma clara e inequívoca en el caso de la parte que se ha limitado a adherirse a una cláusula predisuelta por la otra parte.

13.- La cuestión a decidir no es, por tanto, si Banco Popular, cuando predispuso la cláusula, tuvo la intención de que las acciones de nulidad de los contratos de swap o put concertados mediante confirmaciones del CMOF se sometieran a arbitraje. Lo decisivo es, a la vista de la redacción que se dio a la cláusula y de las cuestiones a las que se hacía expresa referencia en la misma, si puede considerarse que el adherente ha aceptado de manera clara e inequívoca la sumisión de determinadas cuestiones a arbitraje y la correlativa renuncia a que las controversias que puedan surgir sobre las mismas sean decididas por un tribunal de justicia. Y, como razona correctamente la Audiencia Provincial, no puede aceptarse que en este caso Agrumexport, al prestar su consentimiento al contrato de adhesión que le fue propuesto por Banco Popular, hubiera aceptado clara e inequívocamente someter a arbitraje cuestiones que distintas de la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF y, en concreto, la anulación por error vicio del contrato swap y del contrato put concertados en el ámbito de dicho contrato marco».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3424/2015] DE 27 DE JUNIO DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Contrato de seguro de transporte de mercancías: recargo por demora de la entidad aseguradora. La mera existencia de un proceso judicial no constituye causa que justifique, por sí

sola, el retraso en la indemnización, o permita presumir la racionalidad de la oposición a la consignación o al pago de la indemnización reclamada.

«El presente caso, relativo a un contrato de seguro de transporte de mercancías, plantea, como cuestión de fondo, la trascendencia de las diligencias penales como causa justificativa para excluir el recargo por demora de la entidad aseguradora (artículo 20.8 LCS).

2. En síntesis, la entidad Onte S.A. concertó, a través de Oskar Schunch España, con Victoria Versicherung AG, una póliza de seguro de transporte de mercancías. Dicha póliza, con número NUM000, y con un valor máximo asegurado de 660.000 €, contemplaba una cobertura a todo riesgo con fecha 2 de marzo de 2004 y vencimiento de 12 de marzo de dicho año.

3. El día 4 de marzo de 2004, se procedió a la carga de la mercancía asegurada (chapas de madera debidamente embaladas con cantoneras) en un camión de la propiedad de «Caetano Gonzalves Pires Un. Lda». Dicho camión fue conducido por su propietario quien firmó tanto la carta de porte CMR, como el albarán de la carga.

4. El 15 de marzo de 2004, Onte S.A. recibió la comunicación del transportista informando del robo del camión y semirremolque, con la mercancía asegurada. Suceso que habría ocurrido la noche del sábado al domingo del día 7 de marzo de 2004, en un área de servicio de la A-9, en el municipio de Frabregues (Francia).

5. A través de la correduría del seguro se dio el oportuno parte del siniestro a la entidad aseguradora. Tras diversos intercambios de información y solicitudes entre las partes, y ante la sospecha de un posible fraude, la entidad aseguradora se opuso al pago de la indemnización prevista, dando lugar al procedimiento de reclamación objeto del presente pleito.

6. En base a la anterior sospecha, la entidad aseguradora (Victoria Versicherung) formuló una querrela contra el Sr. Carlos Daniel, administrador único de Onte S.A. La Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia condenatoria. Dicha sentencia, tras la interposición del recurso de casación, fue revocada por la sala segunda del Tribunal Supremo en la sentencia núm. 1017/2013, de 9 de diciembre, que declaró la inconsistencia de los indicios de simulación de robo a cargo del transportista y el Sr. Carlos Daniel y la inexistencia de falsedad documental.

7. El 24 de noviembre de 2009, en la liquidación concursal de la entidad Onte S.A., se procedió a la venta y transmisión a la entidad Gentima S.A. de los bienes y derechos de la concursada, entre los que se encontraba el crédito litigioso objeto de este pleito. A su vez, el 21 de marzo de 2013, la entidad Aldama Europea S.A., demandante en el presente procedimiento, compraba los bienes y derechos de la

concurada Gentima S.A., incluido el referido crédito litigioso.

8. La sentencia de primera instancia estimó la demanda de Aldama Europea S.A. y condenó a Victoria Versicherung AG al pago de la cantidad de 660.000 €, más el recargo por demora del artículo 20 LCS.

9. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia Provincial desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Con relación a la legitimación de la demandante para reclamar la indemnización del seguro consideró que resultaba evidente que tras la compra de los derechos de la concursada Gentima S.A. se había producido una subrogación que situaba a la demandante en la misma posición jurídica de la anterior entidad acreedora; situación que no resultaba modificada por efecto de la sucesión procesal operada. Con relación al recargo por demora que contempla el artículo 20 LCS, tras destacar que el Ministerio Fiscal, desde la calificación de los hechos, no formuló acusación, y que la sentencia del Tribunal Supremo contradujo las conclusiones de la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Valencia, concluyó lo siguiente:

«[...]Resta por analizar si el impago obedece a una causa justa que no le sea imputable. No puede desconocerse que, inicialmente el siniestro suscitó sospechas, que podrían haber justificado el impago, e incluso la formalización de la querrela, pero una vez dictada la sentencia absolutoria, la Cía Aseguradora mantuvo la misma postura de no abonar ni consignar, y en el procedimiento civil planteo múltiples incidentes de los que se desprende cierto animo dilatorio. Así las cosas, la contundente sentencia absolutoria del T.S., la ausencia total de consignación o pago y la actitud procesal en el procedimiento civil no permiten integrar la excepción a la regla general establecida en el art. 20 de la LEC. Esto es no podemos calificar ese impago como causa justa que no le sea imputable».

10. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso de casación que articula en dos motivos, de los que el primero ha resultado inadmitido.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Contrato de seguro. Recargo de demora. Procedimiento penal como causa justificativa de exclusión del recargo (artículo 20.8 LCS). Canon de razonabilidad de la oposición. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 2.º Del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación.

2. El motivo segundo, que ha sido admitido, queda estructurado en dos submotivos.

En el primero, la recurrente cuestiona que la demandante, mera acreedora especulativa, se haya subrogado en todos

los derechos que ostentaba la acreedora inicial Onte S.A. contra la entidad aseguradora.

3. El submotivo debe ser desestimado.

Cuando la entidad Onte S.A., tomadora del seguro, entró en concurso se procedió a la venta de la titularidad de su activo y, por tanto, del crédito objeto del presente litigio, a la entidad Gentine. Posteriormente, y en idénticas circunstancias, se produjo la venta a Aldama Europea. De forma que la validez de las sucesivas transmisiones determina que el actual comprador cesionario (Aldama) haya adquirido la titularidad del crédito objeto de venta con el contenido contractual que tenía en origen. Por lo que puede exigir dicho crédito al deudor cedido con todo el contenido principal y accesorio del crédito (artículos 1112 y 1528 del Código Civil), sin que dicho contenido obligacional se haya visto modificado por la sucesión procesal operada.

4. En el segundo submotivo, la recurrente denuncia la infracción del artículo 20.8 LCS. Argumenta que el haberse seguido un procedimiento penal contra la entidad asegurada es causa justificativa para la demora en el pago y la exclusión del recargo.

5. El submotivo debe ser desestimado.

La jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación y aplicación de la regla 8.ª del artículo 20 LCS, ha quedado sintetizada en la sentencia 73/2017, de 8 febrero.

En la línea de la sentencia citada, se ha mantenido una interpretación restrictiva de la citada norma, para impedir que se utilice el proceso como excusa general para dificultar o retrasar el pago debido. La mera existencia de un proceso judicial no constituye causa que justifique, por sí sola, el retraso en la indemnización, o permita presumir la racionalidad de la oposición.

En el presente caso, atendido el canon del carácter razonable de la oposición, resulta evidente que una vez dictada la sentencia absolutoria del Tribunal Supremo, en términos tan concluyentes, ninguna razón amparaba a la demandada para oponerse a la consignación o al pago de la indemnización reclamada. Por lo que resulta de aplicación el recargo de demora previsto en el artículo 20 LCS».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1843/2014] DE 27 DE JUNIO DE 2017 [Ponente:Ignacio Sancho Gargallo]

Concurso de acreedores: rescisión concursal de las hipotecas constituidas por una filial a favor de su matriz. La garantía otorgada por la concursada de forma contextual al préstamo concedido a la matriz se justifica en la existencia de un flujo recíproco de garantías entre filial y matriz suficiente para admitir la onerosidad de la hipoteca que se pretende rescindir.

«Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia. Mecánica de Castrillón, S.A. (MECSA) fue declarada en concurso de acreedores mediante Auto de fecha 23 de enero de 2012.

La totalidad del capital social de MECSA es titularidad de Talleres Asipo, S.L. (TAS). El 26 de julio de 2011 se formalizaron las siguientes relaciones contractuales: un préstamo con garantía hipotecaria, concedido por Caja de Ahorros de Asturias (luego, Liberbank) a favor de TAS, por un importe de 410.000 euros; su devolución fue afianzada por MECSA, quien además constituyó una hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre una finca de su propiedad sita en el POLÍGONO000 (concejo de Llanera), cuyo valor de tasación era 1.522.107,75 euros.

En otras ocasiones, TAS había garantizado los préstamos y créditos que eran concedidos a MECSA:

i) El 26 de julio de 2011 y el 25 de abril de 2012, Banco de Santander concedió a MECSA créditos por importe de 500.000 euros, 225.000 euros y 450.000 euros, que fueron afianzados solidariamente por TAS;

ii) El 28 de diciembre de 2010 y el 18 de julio de 2011, Bankia concedió a MECSA créditos por 130.000 euros y 100.000 euros, respecto de los que TAS prestó fianza solidaria;

iii) El 4 de mayo 2010 y 29 julio 2011 el Banco Caixa Geral concedió a MECSA créditos por 200.000 euros y 290.000 euros, respecto de los que TAS prestó fianza;

iv) El 12 de diciembre de 2008, Asturgar concedió a MECSA una línea de avales mediante póliza de "Contrato de regularización de relaciones de afianzamiento" por 600.000 euros, que TAS afianzó con renuncia a los beneficios de orden, exclusión y división;

v) El 26 de julio de 2011, el BBVA concedió a MECSA un préstamo hipotecario por 358.000 euros que fue avalado solidariamente por TAS;

vi) y, finalmente, los días 5 de abril de 2006, 31 de marzo de 2010 y 27 de julio de 2011, la entidad Nova Caixa Galicia concedió a MECSA créditos por 300.000 euros, 300.000 euros y 450.000 euros, respectivamente, que también fueron avalados por TAS.

2. La administración concursal de MECSA solicitó la rescisión concursal de la constitución de hipoteca realizada el 26 de julio de 2011, en garantía del préstamo concedido por Liberbank a TAS. La demanda entendía que la concesión de la garantía debía conceptuarse como realizada a título gratuito, por lo que debía operar la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC, que no admite prueba en contrario. Y era a título gratuito porque MECSA no percibió ninguna contraprestación por la concesión de la garantía.

3. El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda porque, teniendo en cuenta que TAS era titular de la totalidad del capital social de MECSA, no podía sostenerse la naturaleza gratuita de las operaciones en tanto en cuanto existían operaciones previas a la hipoteca en las cuales TAS afianzaba solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal. La Audiencia rechaza el recurso. Después de una explicación de cómo opera la presunción de perjuicio *iuris et de iure* del art. 71.2 LC, la sentencia de apelación advierte que las dos sociedades, TAS y MECSA, formaban parte de un grupo y que la constitución de la garantía hipotecaria por parte de MECSA, además de ser contextual a la concesión del préstamo a favor de TAS, no podía analizarse aisladamente, sino en el contexto de las operaciones de financiación del grupo, en las que destacaba que los créditos y préstamos bancarios concedidos a favor de MECSA eran afianzados por TAS.

Al respecto y, sobre todo, en relación con el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, resulta muy ilustrativa la última argumentación con la que concluye la desestimación del recurso: «(...) lo que encontramos finalmente de los datos admitidos como ciertos es que la filial MECSA, en el período de tiempo comprendido entre los años 2006 y 2012, acudió a obtener financiación externa de una manera reiterada por un total de 3.903.000 euros, disponiendo en cada una de tales operaciones del aval constituido por la sociedad dominante TAS, todo lo cual debe ser valorado como una contribución patrimonial por parte de esta última a la consecución de tal financiación y con ello a posibilitar que MECSA pudiera continuar operando en el mercado. Es en este contexto, y no de manera aislada, donde debe ser enmarcada la operación ahora enjuiciada por la cual MECSA procede el 26 julio 2011 a constituir una garantía real para responder del préstamo solicitado por TAS por un importe total de 410.000 euros, pues el conjunto de circunstancias descritas conduce a entender que entre ambas sociedades ha existido un flujo recíproco de garantías en términos suficientes para poder aceptar la onerosidad de esta última operación».

5. Frente a la sentencia de apelación, la administración concursal de MECSA interpone recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y recurso de casación que también se articula en un solo motivo.

Esta sala se ha pronunciado recientemente sobre un caso muy similar: la misma administración concursal había solicitado, por razones semejantes a las invocadas en este pleito, la rescisión concursal de otra escritura de constitución de hipoteca y afianzamiento prestados por la concursada (MECSA) para garantizar otro préstamo concedido por otra entidad bancaria a favor de TAS (sociedad matriz del grupo al que pertenece MECSA); el juzgado que tramita el concurso resolvió en el mismo

sentido y la audiencia también. Los motivos que ahora fundan los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación son sustancialmente los mismos que fueron resueltos en aquella otra sentencia 213/2017, de 31 de marzo, que constituye un precedente en el presente caso, del que no encontramos razón alguna para separarnos. Por esta razón, en la resolución de los presentes recursos, emplearemos los mismos razonamientos. Tan sólo omitiremos la mención que en el precedente se hacía al efecto del allanamiento de la entidad bancaria, porque en el presente caso no existió.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación del motivo. El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, y se funda en la «infracción de las normas sobre la carga de la prueba (art. 217 LEC), en relación con el art. 71.2 LC».

Según el recurso, la infracción de las reglas de la carga de la prueba se habría producido porque la sentencia apelada descarta el carácter gratuito al no haber acreditado que los afianzamientos otorgados por TAS a favor de MECSA no le hubieran reportado ningún beneficio.

En el desarrollo del motivo se contienen muchas alegaciones que guardan relación con la valoración jurídica del perjuicio y, en concreto, del carácter gratuito del acto de disposición que supone la constitución de la garantía.

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

2. Desestimación del motivo. La cuestión suscitada en el motivo debe ser desestimada, como hicimos en la sentencia de referencia, porque, aunque pudiera parecer que se había hecho uso de las reglas previstas al respecto en el art. 217 LEC, de apreciarse, sería irrelevante.

Es cierto que la sentencia recurrida, sobre la base de la tesis del recurrente de que la concesión de una garantía contextual para cubrir una obligación ajena sólo puede dejar de ser gratuita cuando se haya obtenido a cambio una ventaja compensatoria que lo justifique, razona que había quedado acreditado que existieron garantías concedidas por TAS para cubrir créditos concedidos por terceros a MECSA, y que correspondía a la administración concursal acreditar que estas fianzas no reportaban ninguna ventaja compensatoria.

Pero, como razonaremos por extenso al resolver el recurso de casación, lo verdaderamente relevante para poder apreciar que la prestación de la garantía por la concursada no fue a título gratuito no era la eventual falta de acreditación del beneficio que pudo reportar a la concursada las fianzas prestadas por TAS. Lo relevante, a la vista de la jurisprudencia de esta sala es que la sentencia recurrida declara directamente probado, como lo había hecho el juzgado, a partir de las escrituras aportadas a los autos y de las alegaciones de hechos no contradichas, que había habido

una serie de préstamos y créditos bancarios recibidos por MECSA, afianzados por TAS. Sobre estos hechos se apoya la apreciación judicial de que la constitución de la hipoteca, además de ser contextual a la concesión del préstamo bancario a favor de TAS, no ocasionaba perjuicio para la masa activa, en la medida en que por sí mismo muestra, como razonaremos con más detalle al resolver el recurso de casación, una ventaja o beneficio indirecto que justifica el sacrificio que conllevaba la prestación de la garantía, pues facilitaron la obtención del crédito.

TERCERO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. En la formulación del motivo se denuncia la infracción del art. 71 LC. En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia de apelación, al igual que la de primera instancia, infringen aquel precepto al no apreciar la rescisión concursal de las hipotecas constituidas por una filial a favor de su matriz.

Según el recurrente, la sentencia recurrida se extralimita de «la recta interpretación y aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal», e incurre en una «indebida consideración de los conceptos de onerosidad, perjuicio patrimonial y presunción», con lo que se aleja de la «exigua, aunque sugerente doctrina de esta Excm. Sala». Y cita las sentencias de 13 de diciembre de 2010 y 8 de noviembre de 2012.

En relación con el argumento de la Audiencia de que en otras ocasiones el crédito bancario recibido por la concursada había sido afianzado por TAS, la matriz, la recurrente afirma que «una cosa es que no sea exigible una reciprocidad, entendida ésta como equivalencia de prestaciones, y otra admitir que cualquier actuación recíproca sirva para enervar la gratuidad».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación, y que coinciden con las empleadas en la sentencia de referencia (sentencia 213/2017, de 31 de marzo), pues el motivo se formuló y desarrolló en los mismos términos, con las únicas diferencias relativas a la concreta operación impugnada.

2. Desestimación del motivo. Jurisprudencia aplicable al caso. Conforme al art. 71.2 LC, «el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso».

Como declaramos en la sentencia 193/2014, de 21 de abril, la prestación de una garantía, personal o real, podría considerarse acto de disposición a título gratuito, y por lo tanto podría estar afectada por la presunción de perjuicio, siempre y cuando se estimara que la causa fue la mera liberalidad: «(S)e presume de forma absoluta este perjuicio (*iuris et de iure*) cuando se trata de un acto o contrato otorgado a título gratuito por el concursado (art. 71.2 LC). Las garantías personales y reales pueden ser actos

susceptibles de ser afectados por el precepto. Lo esencial y determinante es si el acto, contrato o negocio fue realizado a título oneroso o gratuito por el fiador concursado».

En la actualidad, en el caso de constitución de una hipoteca para garantizar una deuda ajena, para determinar cuándo la causa es onerosa o gratuita, la jurisprudencia tiene en cuenta si la concesión de la garantía es contextual a la concesión del crédito garantizado. Cuando la concesión de la garantía es contextual, la jurisprudencia entiende que no lo es a título gratuito. En realidad, se trata de una presunción, porque cabría contradecirla si se acreditara que la garantía fue prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella. Por el contrario, cuando la garantía se hubiera concedido después del nacimiento de la obligación, y por ello no fuera contextual, debe entenderse que la causa es la mera liberalidad, salvo, lógicamente, que se acredite que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja.

Esta jurisprudencia se contiene en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, que constituye la sentencia de referencia en la materia. En ella se superan las primeras aproximaciones contenidas en las sentencias citadas por el recurso (sentencias 791/2010, de 13 de diciembre, y 652/2012, 8 de noviembre), y su doctrina ha sido reiterada por todas las sentencias posteriores que se han tenido que pronunciar sobre esta cuestión (sentencias 290/2015, de 2 de junio; 289/2015, de 2 de junio; 294/2015, de 3 de junio; y 295/2015, de 3 de junio). En la reseñada sentencia 100/2014, de 30 de abril, afirmamos: «Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza [...]».

La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero».

3. En nuestro caso, consta que la constitución de la garantía por MECSA fue contextual a la concesión del préstamo a favor de TAS, que se garantizaba con la hipoteca, en beneficio del prestamista, Caja de Ahorros de Asturias (luego, Liberbank). Por ello, la Audiencia entendió correctamente que la causa de la concesión de la hipoteca no fue la mera liberalidad, máxime cuando la prueba practicada mostraba que fue requerida por la entidad financiera para la concesión de los préstamos. El que no resulte de aplicación la presunción de perjuicio *iuris et de*

iure, no excluye que la concesión de la garantía no pueda ser rescindida si se estima perjudicial para la masa, esto es, si no se acredita que el sacrificio patrimonial que suponía la hipoteca, en cuanto que reducía el valor del activo gravado, estaba justificado.

Como afirmamos en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, habrá que valorar «si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía».

Teniendo en cuenta que «no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto». La Audiencia ha entendido, de forma razonable, que la constitución de la hipoteca se encuentra justificada por las garantías que a su vez la matriz TAS había concedido y siguió concediendo durante ese tiempo, para hacer posible que MECSA pudiera acceder a la financiación externa. En concreto, según ha quedado probado, en ese tiempo el crédito financiero recibido por MECSA que fue a su vez afianzado por TAS ascendía a un total de 3.903.000 euros. De tal forma que la ventaja o el beneficio venía representado porque a su vez TAS facilitaba la obtención de financiación externa.

En consecuencia, procede desestimar el motivo».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2568/2014] DE 30 DE JUNIO DE 2017 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Concurso de acreedores: calificación del crédito de abogado y procurador por los servicios prestados a la concursada. A efectos de la conceptualización de un crédito como concursal o contra la masa, debe estar a la fecha del nacimiento de la obligación, no a la fecha en que sea exigible. Si los trabajos que se minutan se realizaron con anterioridad a la declaración de concurso el crédito es concursal y no contra la masa.

«D. Celestino y Dña. Isabel intervinieron profesionalmente, como abogado y procuradora, respectivamente, en las dos instancias del procedimiento de juicio ordinario nº 432/2010 del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Langreo, por encargo de Hierros Hontoria S.A., posteriormente absorbida por Hona Hierros S.A.

La demanda inicial de dicho procedimiento se presentó el 11 de junio de 2010 y el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia -desestimatoria de la demanda-, el 30 de junio de 2012. La sentencia de segunda instancia se dictó el 21 de diciembre de 2012.

2.- Hona Hierros S.A. fue declarada en concurso por el Juzgado Mercantil nº 1 de Bilbao, mediante auto de 15 de octubre de 2012.

3.- Los Sres. Celestino y Isabel emitieron sus minutas de honorarios (el abogado) y de derechos y suplidos (la procuradora) con fecha 2 de enero y 18 de junio de 2013.

4.- D. Celestino y Dña. Isabel solicitaron del juez del concurso que se incluyeran sus respectivos créditos como créditos contra la masa. Dicha pretensión fue desestimada, por considerar el juez que los servicios se habían prestado con anterioridad a la declaración del concurso, por lo que se trataría de créditos concursales y no contra la masa.

5.- El recurso de apelación interpuesto por los demandantes fue desestimado por la Audiencia Provincial, que consideró que los respectivos créditos se habían devengando cuando se prestaron los servicios en cuestión y, por tanto, antes de la declaración de concurso, aunque se hubieran facturado después. Insistió la Audiencia, además, en que, aunque la sentencia que resolvió el recurso de apelación se dictó después de la declaración del concurso, ninguna actuación profesional se practicó en el rollo de apelación después de la interposición del recurso de apelación.

SEGUNDO.- Motivo único del recurso de casación. Momento del devengo de los honorarios por servicios profesionales de abogado y procurador. Incidencia a efectos de su conceptualización como crédito en el concurso de acreedores.

Planteamiento:

1.- D. Celestino y Dña. Isabel formulan recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3º LEC, en el que se cita como infringido el art. 84.2.3º de la Ley Concursal (en adelante, LC).

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que el momento del devengo de los créditos en conflicto no es la fecha de formulación de los escritos de demanda e interposición del recurso de apelación, como interpreta la sentencia recurrida, sino el de finalización del pleito, que en este caso coincidiría con el dictado de la sentencia de apelación. Como quiera que dicha resolución se dictó con posterioridad a la declaración de concurso, los créditos deben tener la consideración de créditos contra la masa.

Decisión de la Sala:

1.-Con carácter general, en situaciones extraconcursales y a efectos del cómputo del plazo de prescripción, la jurisprudencia de esta sala tiene establecido que los servicios profesionales de los abogados y procuradores en un determinado asunto deben considerarse como un todo, es decir como el conjunto de los trabajos desarrollados para la defensa del asunto, y no de forma aislada respecto de cada una de sus actuaciones; salvo que por voluntad de las partes proceda fragmentar y dividir el cobro de cada una de las actuaciones del profesional, como si se tratara de

encargos diferentes, aunque versen sobre un mismo asunto (verbigracia, sentencias 96/2006, de 14 de febrero ; 338/2014, de 13 de junio ; y 266/2017, de 4 de mayo , y las que en ellas se citan).

2.-No obstante, en sede concursal, la solución debe ser diferente, a fin de salvaguardar el principio *par condicio creditorum*. En las sentencias 590/2009, de 1 de septiembre, y 486/2013, de 22 de julio, establecimos que, para preservar la igualdad de trato a los acreedores, y a efectos de la conceptualización de un crédito como concursal o contra la masa, debe estarse a la fecha del nacimiento de la obligación. De manera que, desde el punto de vista concursal, rige el principio del devengo y no el de la exigibilidad.

3.- El art. 84.2-3ª LC establece que tendrán la consideración de créditos contra la masa:

«Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos».

Interpretado el precepto transcrito a la luz de esta última jurisprudencia, resulta que, a efectos concursales, las fechas determinantes son las de la realización de los efectivos trabajos que se minutan. En este caso, la redacción y presentación de la demanda y la redacción e interposición del recurso de apelación, puesto que con posterioridad a esta última actuación no hubo ninguna otra actuación procesal por parte de los recurrentes. De manera que los créditos de los recurrentes tienen su origen en los servicios efectivamente prestados a la concursada y los mismos no son otros que los indicados: la intervención en todo el trámite de la primera instancia y la interposición del recurso de apelación; cuyas fechas de realización o prestación son, en todos los casos, anteriores a la declaración del concurso.

Y puesto que tales servicios se prestaron con anterioridad a la declaración de concurso, los créditos derivados de su realización tienen el carácter de concursales, conforme a los arts. 84.1 y 89 LC, por lo que la sentencia recurrida no infringe el mencionado art. 84.2-3ª LC».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 304/2015] DE 7 DE JULIO DE 2017 [Ponente: Antonio Salas Carceller]

Impugnación de la calificación negativa procedente del registro de la propiedad. Acuerdo denegatorio de cancelación de cargas: determinación del momento en que puede entenderse que se ha iniciado el transcurso del plazo de caducidad de dos meses para el ejercicio de la acción

frente a la decisión del registrador. Para la validez de la notificación telemática a efectos de dar inicio al plazo de caducidad es necesario que el interesado haya aceptado expresamente este modo de notificación. – La certificación de cargas y gravámenes por el Registro de la Propiedad tiene un valor esencial en el desarrollo del procedimiento de apremio y la situación registral que proclama fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble de que se trate, de forma que cualquier alteración posterior -como puede ser la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante- no modifica dicha situación. La aprobación del remate y la adjudicación conlleva como efecto propio la cancelación de todas las anotaciones de embargo posteriores, que carecen de preferencia sobre la que servía de apoyo a la ejecución, pues la anotación de embargo que beneficiaba al ejecutante ha causado estado y producido su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de la emisión de la citada certificación de cargas y gravámenes.

«PRIMERO.- Comercial Sago S.A. formuló demanda solicitando la revocación del acuerdo denegatorio, dictado por la Sra. Registradora de la Propiedad de Torrelavega, respecto de la solicitud de cancelación de cargas posteriores a la que garantizaba la ejecución en la que se había efectuado adjudicación a su favor de determinado inmueble, con la finalidad de que se declare judicialmente la procedencia de cancelar las cargas posteriores a la del embargo (Letra E), con cuya finalidad dirigió su acción frente a la Sra. Registradora de la Propiedad, doña María Milagros, y contra los acreedores posteriores que tenían anotaciones a su favor sobre el indicado inmueble.

Los citados acreedores alegaron que la demanda estaba presentada fuera del plazo de dos meses previsto en la Ley Hipotecaria, ya que el acuerdo denegatorio de cancelación era de fecha 10 de diciembre de 2012 y fue notificado a la hoy demandante el día 18 de diciembre siguiente mediante fax, mientras que la demanda fue presentada el 28 de febrero de 2013, una vez transcurrido el citado plazo.

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Santander, consideró que no constaba de modo fehaciente la fecha de la notificación de dicha decisión denegatoria a la parte demandante, por lo que no se apreciaba la caducidad de la acción entablada. En dicha sentencia se estima la demanda con revocación del acuerdo denegatorio de la cancelación de las cargas posteriores a la ejecutada; cancelación que se estimó procedente.

Se interpuso recurso de apelación por BBVA, Caixabank, y por la Sra. Registradora de la Propiedad y la Audiencia Provincial de Cantabria (sección 4.ª) dictó sentencia de fecha 19 de noviembre de 2014 por la que estimó el recurso al considerar que la acción había caducado.

La Audiencia parte de que la calificación negativa fue notificada al presentante del auto de adjudicación y mandamiento de cancelación, en fecha 18 de diciembre de

2012, vía fax, por lo cual la demanda -que fue presentada el día 28 de febrero de 2013- se interpuso una vez transcurrido el plazo de caducidad.

Frente a dicha sentencia se ha presentado recurso extraordinario por infracción procesal y casación por la parte demandante, que han sido admitidos no obstante su presentación separada pese a que tendrían que haber sido formulados en un mismo escrito como establece la Disposición Final 16.ª.1-3.ª LEC.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El recurso extraordinario por infracción procesal se formula por dos motivos. El primero denuncia la infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, en referencia a la afirmación de nulidad de pleno derecho de la actuación de la registradora por hacer constar que «la precedente nota de calificación se notifica hoy al presentante vía fax de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 bis y 322 de la Ley» aunque el interesado no había prestado su consentimiento para recibir la notificación vía fax.

El segundo motivo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) al reconocerse validez a una notificación vía fax a la que no se prestó consentimiento y no conoció, habiendo tenido conocimiento la parte el día 2 de enero cuando un empleado de la demandante recibe la notificación personal. Se citan como normas infringidas los artículos 45, 58 y 59 de la Ley 30/1992; los artículos 27 y 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; y los artículos 35 y 36 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio.

El recurso por infracción procesal ha de ser rechazado de plano, en sus dos motivos, por cuanto las infracciones que denuncia en el primero van referidas a la propia actuación registral y no al presente proceso; y, en cuanto al segundo motivo, no nos encontramos ante una cuestión de hecho sino ante una valoración jurídica que afecta al fondo del asunto, como es la determinación del momento en que -con arreglo a las disposiciones legales aplicables- puede entenderse que se ha iniciado el transcurso del plazo de caducidad de dos meses que establece el artículo 328 LH para el ejercicio de la acción.

Recurso de casación

TERCERO.- Dicho recurso se formula por interés casacional y alega vulneración de la doctrina de esta sala en relación con la infracción de los artículos que regulan la notificación y, por consiguiente, su efectividad en orden a dar inicio al cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción prevista respecto de la impugnación de la calificación negativa procedente del registro de la propiedad.

Se sostiene en el desarrollo del recurso que la notificación telemática vía fax únicamente surte efectos respecto de los interesados cuando existe consentimiento del notificado para usar esta vía (artículo 19 bis LH), y en el presente caso no existía tal consentimiento. Entiende la parte recurrente que la notificación válida para dar inicio al cómputo del plazo para recurrir la calificación negativa de la registradora es la que se produce, en la persona de don Romeo, el día 2 de enero de 2013. De ahí que la demanda se presentó en tiempo hábil, al constar que dicha presentación se produjo en fecha 28 de febrero de 2013.

Cita como infringida la doctrina de esta sala expresada en la sentencia n.º 621/2011 rec. 307/2008, según la cual «Es claro que los sujetos pasivos destinatarios de la notificación de la calificación negativa son el presentante del documento y el Notario autorizante del título presentado y, en su caso, la autoridad judicial o funcionario que lo haya expedido y a tal fin sirve cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado, incorporando al expediente la acreditación de la notificación efectuada (artículo 58 ley 30/92). Sin duda, entre estos medios están los que refiere el artículo 45 del citado texto legal resultado de las nuevas técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y queda constancia fehaciente...».

La parte recurrente mantiene que en este caso la representación de la entidad demandante no dio su consentimiento expreso a la notificación por fax y efectivamente tal circunstancia no se ha considerado acreditada.

Cita también en apoyo de su posición, aparte de sentencias de la sala 3.ª de este Tribunal, la sentencia de esta sala n.º 134/2010, de 10 de marzo (Rec. 1063/2005).

CUARTO.- Dispone el artículo 322 LH que «La calificación negativa del documento o de concretas cláusulas del mismo deberá notificarse al presentante y al Notario autorizante del título presentado y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido. Dicha notificación se efectuará de conformidad con lo previsto en los arts. 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A tal efecto, será válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y queda constancia fehaciente».

Las normas que regulan el tiempo de ejercicio de los derechos, singularmente en cuanto a la determinación del momento inicial para el cómputo del plazo para su actuación, no pueden ser interpretadas de forma restrictiva o rigorista cuando lo que está en juego es la tutela judicial y la satisfacción de los derechos frente al principio de seguridad jurídica que, si bien resulta fundamental en

nuestro ordenamiento, no ha de prevalecer frente a aquél cuando existan, al menos, dudas fundadas.

En el caso presente, denegada la petición de caducidad de la acción por la sentencia de primera instancia –que consideró no acreditado el momento de la notificación- la sentencia de apelación -hoy recurrida- consideró que tal notificación se produjo mediante fax en fecha 18 de diciembre de 2012 puesto que «así se hace constar por la registradora y hace fe de la fecha de notificación».

Pues bien, frente a ello, teniendo en cuenta la doctrina de esta sala expresada fundamentalmente en la citada sentencia de 20 septiembre 2011, se ha de imponer la interpretación literal de lo establecido en el artículo 322 LH en el sentido de que para la validez de la notificación telemática a efectos de dar inicio al plazo de caducidad es necesario que el interesado haya aceptado expresamente este modo de notificación -lo que no consta en el caso presente- sin que pueda equivaler a dicha aceptación expresa el hecho de que, en los datos dejados por el presentante ante el Registro de la Propiedad, simplemente apareciera un número de fax.

Lo anterior da lugar a que no pueda tenerse por realizada la notificación hasta la fecha en que se produjo personalmente en un representante de la demandante -en fecha 2 de enero de 2013- lo que da lugar a que no pueda estimarse caducada la acción en el momento de su ejercicio.

La consecuencia de ello es la estimación del recurso de casación y que esta sala asuma la instancia a efectos de resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

QUINTO.- Para la resolución del tema debatido hemos de acudir a la doctrina sentada por esta sala en su sentencia n.º 282/2007, de 12 de marzo, que ha sido reiterada por la n.º 88/2015, de 23 de febrero, pues dicha doctrina -pese a que su formulación se hizo en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881- ha de ser mantenida con arreglo a las disposiciones de la actual LEC 2000, especialmente sus artículos 656, 659 y 674 .

Dicha doctrina reconoce una especial significación al momento de emisión por parte del Registro de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes (artículo 656 LEC). Dicha certificación acreditativa de los derechos y cargas que afectan al inmueble sobre el que se ha iniciado la ejecución, persigue varios objetivos: a) Conocer el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se sigue la ejecución a los efectos de determinar la valoración del bien para la subasta (que se calcula deduciendo su importe del avalúo); b) Proporcionar a los posibles licitadores una información completa sobre las condiciones de adquisición y, en concreto, sobre la existencia de cargas anteriores que no desaparecerán con la adquisición; y c) Identificar e individualizar a los titulares de derechos y cargas inscritos o anotados con posterioridad al del acreedor ejecutante, los cuales quedarán extinguidos por la realización del bien, a los

efectos de comunicarles la pendencia del proceso de ejecución para que puedan intervenir en él a los efectos legalmente previstos.

La expedición de dicha certificación, sin duda, ha dado lugar a la extensión de nota marginal en la hoja registral a efectos de publicidad; y la existencia de la ejecución es comunicada a los titulares de derechos que figuren en asientos posteriores al del derecho del ejecutante (artículo 659.1 LEC), todo lo cual no se ha cuestionado por las partes.

En consecuencia, puede afirmarse que el contenido de tal certificación tiene un valor esencial en el desarrollo del procedimiento de apremio y que la situación registral que proclama fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble de que se trate, de forma que cualquier alteración posterior -como puede ser la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante- no modifica dicha situación.

En el mismo sentido sobre la eficacia de la fecha de expedición de la certificación de cargas cabe citar la sentencia de esta sala n.º 1097/1994, de 5 diciembre.

En definitiva, la aprobación del remate y la adjudicación conlleva como efecto propio la cancelación de todas las anotaciones de embargo posteriores, que carecen de preferencia sobre la que servía de apoyo a la ejecución, pues la anotación de embargo que beneficiaba al ejecutante ha causado estado y producido su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de la emisión de la citada certificación de cargas y gravámenes.

Por ello, tras la estimación del recurso de casación, ha de ser confirmada la sentencia dictada en primera instancia».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID [Recurso 899/2016] DE 14 DE JUNIO DE 2017 [Ponente: Juan José Sánchez Sánchez]

Naturaleza jurídica de la relación existente entre la comunidad de propietarios y el administrador: distinción entre contrato de mandato y de arrendamiento de servicios. – Novación modificativa referida a la fecha de vencimiento del contrato: la novación nunca puede presumirse ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, si bien la exteriorización de la voluntad de novar no tiene por qué ser necesariamente expresa, sino que puede realizarse de forma tácita.

«PRIMERO.- Antes de entrar en el análisis de los motivos de apelación esgrimidos, la cuestión que debe ser objeto de análisis es la relativa a la naturaleza jurídica de la relación jurídica que ligaba a los litigantes, si se trata de un contrato de arrendamiento de servicios o de un mandato, y sin

desconocer las dificultades que suscita esta figura, en especial porque la remuneración -que podría ser un elemento diferenciador- no es privativa de ninguna de ellas, y por lo impreciso de los límites del arrendamiento de servicios y el mandato, la doctrina mayoritaria sostiene la tesis de que se trata de un mandato "sui generis" de los artículos 1.709 y siguientes del Código Civil en razón, principalmente, de la similitud del contenido del artículo 12.5 de la Ley de Propiedad Horizontal -los nombrados podrán, en todo caso, ser removidos en Junta extraordinaria de propietarios- con los artículos 1.732 -el mandato se acaba por su revocación- y 1.733, ambos del Código Civil, en el que se hace constar que el mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento en que consiste el mandato; en razón a que dentro de la generalidad de los términos en que queda redactado el mencionado artículo 1.709, se comprenden dos figuras distintas, el mandato representativo y el mandato de gestión (SSTS de 16 de febrero de 1935 y 8 de abril de 1991), modalidad esta última que fácilmente puede llegar a confundirse con el arrendamiento de servicios del que se distingue acudiendo a diversos criterios, uno de los cuales es la sustituibilidad, porque no es obligatorio que se encomiende la administración a un ajeno a la comunidad a tenor de lo establecido en el artículo 12, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal, es decir, sus funciones se ejercen por el presidente de la comunidad si no acuerdan elegir a otras personas para el desempeño de este cargo, que a su vez podrá recaer en una misma persona, y este elemento lo explica la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1986, para la cual, en orden a la distinción del mandato con el arrendamiento de servicios, es básico el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo pueden ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea, los que el que solicita la gestión realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, pues cuando así no es, o lo que es lo mismo, cuando se encomienda a otra persona, la prestación de servicios que normalmente no pueden ser realizados ni son de la propia actividad de la persona que los encomienda a otro, que precisamente necesita acudir a él para que lleve a cabo la actividad que aquél no podía utilizar estaremos en presencia de un arrendamiento de servicios»; y en razón a que las actividades ejecutivas que se recogen en el artículo 18 de la Ley de Propiedad Horizontal vienen a ser meramente accesorias, inherentes e indispensables para el ejercicio de una función gestora característica del mandato, que desempeña no solamente en el ámbito interno de la Comunidad, sino en proyección externa, cuando contrata con terceros y practica gestiones en nombre de su mandante, aunque lo haga en nombre propio, ya que en tal supuesto entraría en juego el artículo 1.712.2 del Código Civil, puesto que contrataría sobre cosas propias de la comunidad de propietarios. En este sentido, al igual que ocurre con el cargo de presidente o con el de secretario, la duración del administrador, según el párrafo 4 del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, durará un año,

prorrogable tácitamente por períodos iguales, salvo que los Estatutos de la comunidad de propietarios establezca otra cosa, no obstante, lo cual, cabe también la posibilidad de que el administrador sea removido de su cargo mediante acuerdo adoptado en Junta general extraordinaria convocada al efecto, en observancia al principio consagrado en el artículo 1.733 del Código Civil antes mencionado -SSAP de Málaga, Sección 6ª, de 2 de Febrero de 1998 y Valencia, Sección 3ª, de 25 de Abril de 1996, Bilbao de 29 de mayo de 1970 y Audiencia Territorial de Valencia de 28 de marzo de 1985, citadas estas dos últimas en la SAP de Málaga de 12 de Diciembre de 1994-. Y como dijimos en la SAP de Madrid, Sección 20ª, de 27 de enero de 2010 (ROJ: SAP M 939/2010 -ECLI:ES:APM:2010:939), la relación jurídica existente entre la Comunidad de Propietarios y el Administrador ha sido encuadrada dentro del contrato de mandato retribuido -SSAP de Madrid, Sección 18ª, de fecha 13 de julio de 2006 y Zaragoza, Sección 5ª, de fecha 15 de marzo de 2006 -, cuyas características esenciales son las de dependencia y subordinación, sobre la base de una relación de confianza, lo que conlleva la posibilidad de renunciar a la función encomendada y la revocabilidad del mandato, características todas ellas que deben ser analizadas con las peculiaridades que al respecto establece la normativa reguladora de la ley de propiedad horizontal, en cuyo artículo 13.7 se refiere expresamente al nombramiento y remoción de los órganos de gobierno, en general, y el del administrador en particular. Igualmente, para la SAP de Tarragona, Sección 3ª, de 7 de abril de 2003, la figura del administrador ha sido calificada de mandato "sui generis", entre otras, por SSAP de Soria de 6 de noviembre de 1998; Barcelona, Sección 1ª, de 15 de abril de 1999; Málaga, Sección 6ª, de 9 de octubre de 1999 y Granada, Sección 4ª, de 5 de abril de 2000. Para la SAP de Valencia, Sección 6ª, de 14 de mayo de 2003, la mayoría de las Audiencias Provinciales vienen decantándose por encuadrar dentro del contrato de mandato retribuido la relación jurídica que se crea entre la Comunidad de Propietarios y el Administrador.

SEGUNDO.- Expuesto lo anterior, por la representación de ADMINISTRACIÓN DE FINCAS RODISA S.L., hoy apelante, se formula demandada de reclamación de cantidad por importe de 6.059,14 euros contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA DIRECCION000 Nº NUM000 DE MADRID en concepto de indemnización pactada en cláusula penal por resolución anticipada del contrato sin causa, sosteniendo que las partes acordaron que "la duración del presente contrato será de UN AÑO prorrogable tácitamente por iguales periodos de tiempo, salvo que alguna de las partes manifestase a la otra por escrito y con dos meses de antelación al día del vencimiento del contrato su deseo de rescindirlo". Y efectivamente así resulta de la estipulación segunda del "contrato de administración de fincas" de fecha 21 de junio de 2006 aportado como documento nº 1 con el escrito inicial de demanda, la cual añade que "dicha denuncia deberá ser acordada en Junta General de Propietarios (art. 13 de la Ley de Propiedad Horizontal)" y que "este acuerdo adoptado en Junta General deberá ser acompañado en copia junto con la carta de rescisión con la

antelación de dos meses establecida". Para la parte actora apelante el contrato se ha ido prorrogando tácitamente encontrándose en vigor hasta el 21 de junio de 2014, comunicándose verbalmente con fecha 14 de octubre de 2013 por el presidente de la Comunidad de Propietarios la decisión de resolver el contrato, que fue ratificada por la Junta General Ordinaria celebrada el 26 de octubre de 2013; incumpléndose el plazo de vigencia del contrato prorrogado y su preaviso.

Ahora bien, como sostiene la parte demandada hoy apelada, omite la parte actora que en la Junta General Extraordinaria celebrada con fecha 22 de febrero de 2007 -se aporta el acta de la junta por la propia parte actora como documento nº 9 con el escrito de demanda- se acuerda por unanimidad hacer coincidir el "periodo de liquidación de cuentas" -comprendido entre el 1 de agosto y el 31 de julio de cada año- con el "periodo del presupuesto" anual -periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 30 de septiembre de cada año-, contemplando la elaboración de un apéndice para los meses intermedios del año 2006 -punto segundo del Orden del día-; aprobándose igualmente en el punto tercero del Orden del día adecuar el vencimiento del contrato suscrito con fecha 21 de junio de 2006 con el administrador -con vencimiento a fecha 21 de junio de 2007- "a la fecha de la Junta Ordinaria-, a celebrar tras la finalización de cada ejercicio económico -1 de octubre a 30 de septiembre de cada año-, contemplándose la redacción de una "adenda" en el citado contrato en la cual se habían de reflejar las siguientes circunstancias: 1º.- "La fecha del contrato será la del mes de Octubre" -en lugar de junio- y 2º.- "independientemente de las cláusulas contractuales de preavisos, quedará constancia que en el transcurso de la Junta General Ordinaria de cada año, se podrá rescindir el citado contrato para esa fecha, y en el caso de continuar o de elegirse el cargo de Administrador, el contrato tendrá la duración de un año"; acuerdos que fueron alcanzados en presencia del administrador de la Comunidad, y posteriormente documentados en el acta levantada al efecto, sin que se consignara por el citado administrador oposición, queja, reserva o advertencia alguna.

TERCERO.- Como expresa la STS núm. 124/2012 de 6 marzo (RJ 2012\5435), la novación fue definida por Ulpiano en el Digesto -46.2.1- "Novatio est prioris debiti in aliam obligationem [vel civilem vel naturalem itp.] transfusio atque translatio, hoc est, cum ex precedenti causa ita nova constitatur, ut prior perematur; novatio enim a novo nomen accipit, et a nova obligatione" (La novación es la transfusión y traslación de una deuda anterior en otra obligación, o civil o natural, esto es, cuando por virtud de otra causa precedente se constituye una nueva, de modo que se extinga la primera; porque la novación recibió su nombre de la palabra nueva, y de obligación nueva). El artículo 1.156 del Código Civil enuncia la novación como una de las causas de extinción de las obligaciones y de forma similar a otros ordenamientos próximos -el artículo 1.273 del Código de Napoleón dispone que "[l]a novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte

clairement de l'acte" (la novación nunca se presume; es necesario que la voluntad de que tenga lugar resulte claramente del acto); el segundo párrafo del artículo 1.230 del Código italiano "[l]a volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco" (la voluntad de extinguir la obligación precedente debe resultar de un modo inequívoco); y el artículo 859 del portugués "[a] vontade de contrair a nova obrigação em substituição da antiga deve ser expresamente manifestada a"-, exige que el efecto práctico perseguido por las partes -la sustitución de una obligación por otra diferente- se declare terminantemente o que el deudor se obligue a una prestación que, respondiendo a la misma causa, sea incompatible con la anterior. A su vez el artículo 1.204 del Código Civil dispone que "[p]ara que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles". Lo que ha sido entendido por esta Sala en el sentido de que la novación "para ser extintiva requiere el efecto dual -de doble voluntad- de extinguir el anterior orden de intereses y de crear un nuevo orden jurídico vinculante para el futuro, por lo que no cabe hablar de novación cuando el deudor se obliga por diferente causa. Igualmente, siguiendo la SAP de Baleares, Sección 5ª, núm. 17/2017 de 24 enero (JUR 2017\61465), que cita la sentencia de fecha 14 de julio de 2014, el Código Civil contempla la figura de la novación, ofreciendo un doble concepto de la misma: a) En algunos artículos, da a entender el Código que la novación de una obligación conlleva necesariamente la extinción de esta última, generándose una obligación nueva. Siendo así, cabe hablar de novación extintiva. En tal sentido, por ejemplo, el artículo 1.156 afirma que las obligaciones se extinguen por la novación. Por su parte, el artículo 1.207 tiene un encabezamiento del siguiente tenor: "Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación...". b) Por el contrario, en otros artículos, el Código Civil parece estar presidido por la idea de que la alteración de la obligación preexistente o primitiva no supone necesariamente su extinción, sino que sólo ocasionará su modificación. Así, textualmente, el artículo 1.203 dispone al principio que "las obligaciones pueden modificarse...". Por su parte, el artículo siguiente remacha que "para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare determinadamente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles" (art. 1.204).

Y en el caso de autos no cabe duda que la novación operada no puede tener sino el contenido propio de la novación modificativa, que afecta a la fecha de vencimiento del "contrato de administración de fincas" que se traslada desde el 21 de junio de cada año hasta la fecha de celebración de la Junta General ordinaria que se convoca cada año tras el cierre del ejercicio económico -1 de octubre a 30 de septiembre de cada año-, siendo además en esta Junta en la que se procede cada año a renovar los cargos de Presidente, Vicepresidente y vocales de la Junta de Gobierno; así como posibilitar, independientemente de las cláusulas contractuales de preavisos, a la Comunidad de Propietarios

para resolver el citado contrato en el transcurso de la citada Junta General Ordinaria. Y siguiendo la STS núm. 130/2009 de 12 marzo (RJ 2009\1645), dicha voluntad del cambio se ha expresado de una manera cierta e inequívoca, sin provocar dudas, incertidumbres o ambigüedades, es decir, la voluntad novatoria ha quedado expuesta con claridad, sin necesidad de inferirla de suposiciones o conjeturas -SSTS de 31 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4332), 14 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9632), 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7996), 19 de diciembre de 2001, 8 de julio de 2002 y 22 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8902)-; y si bien es cierto que no se procedió por la actora a redactar la "adenda" prevista en el acuerdo alcanzado -lo cual solo resulta imputable a la propia entidad actora-, no resulta controvertido que posteriormente la renovación del cargo del administrador -y por ende del contrato que estamos analizando- se produjo efectivamente en los años sucesivos en la siempre referida Junta General Ordinaria convocada y celebrada tras el cierre del ejercicio económico de cada año. Así ocurrió en la Junta General ordinaria celebrada el 13 de noviembre de 2008 -documento nº 11 acompañado con el escrito de demanda-, en la Junta General ordinaria celebrada el 24 de noviembre de 2009 -documento nº 13 acompañado con el escrito de demanda-, en la Junta General ordinaria celebrada el 2 de diciembre de 2010 -documento nº 14 acompañado con el escrito de demanda-, en la Junta General ordinaria celebrada el 21 de diciembre de 2011 -documento nº 16 acompañado con el escrito de demanda-, y en la Junta General ordinaria celebrada el 19 de noviembre de 2012 -documento nº 17 acompañado con el escrito de demanda-.

En este sentido, ya dijimos en la SAP de Madrid, Sección 20ª, de 27 de septiembre de 2016 (ROJ: SAP M 11674/2016 -ECLI:ES:APM:2016:11674), con cita de las SSTS de 29 de abril de 2005, 11 de julio de 2007 y 22 de mayo de 2009, que la novación nunca puede presumirse ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, aunque la exteriorización de esa voluntad de novar no tiene por qué ser necesariamente de forma expresa, pudiendo ser expuesto de forma tácita; concurriendo en definitiva en el comportamiento de la parte actora los siguientes requisitos jurisprudencialmente exigidos -SSTS núm. 124/2012 de 6 marzo (RJ 2012\5435), núm. 661/2011, de 4 de octubre (RJ 2011, 6835) y núm. 691/2011 de 18 de octubre (RJ 2012, 421), para que resulte aplicable la clásica regla venire contra factum proprium non valet-manifestación del principio de buena fe que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, impone el artículo 7 del Código Civil:- 1) Existencia de una conducta jurídicamente relevante; 2) Que tal conducta tenga una significación inequívoca y sea susceptible de generar en terceros expectativas razonables: 3) Que la conducta posterior sea incompatible con la anterior y defraude las legítimas expectativas creadas.

Por todo lo cual resulta procedente desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de ADMINISTRACIÓN DE FINCAS RODISA S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid,

resolución que se confirma, aunque por argumentos distintos a los consignados en la misma».

JUZGADOS

SENTENCIA DEL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 2 DE MÁLAGA DE 25 DE JULIO DE 2017 [Magistrado: Manuel S. Ramos Villalta]

Préstamo hipotecario: consecuencias de la nulidad parcial del contrato de préstamo. Atribución del coste o gasto en cada caso.

«PRIMERO.- La parte actora, en su escrito de demanda, pretende: 1.-Se declare la nulidad y cesación de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario aportada junto a la demanda.

2.-Se condene a la entidad demandada al abono de la cantidad de 1.980,02 euros, como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula en el contrato de préstamo hipotecario.

3.-Se condene a la entidad demandada a abonar los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda.

SEGUNDO.-Que atendiendo a las manifestaciones efectuadas por las partes litigantes en sus escritos de alegaciones y especialmente en el acto de la audiencia previa, en conexión con la prueba practicada, valorada en su conjunto y de acuerdo con criterios racionales, procede acoger parcialmente la pretensión planteada por la parte actora; ello de acuerdo con los siguientes razonamientos:

1/ La entidad demandada se ha allanado respecto a la naturaleza abusiva de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario, siendo de aplicación el art. 21 de la LEC y procediendo, por lo tanto, declarar la nulidad y cesación de la citada cláusula.

2/ Una vez que ha sido declarada nula por abusiva la cláusula relativa a los costes y gastos derivados de la concertación del préstamo hipotecario objeto del presente procedimiento, es preciso determinar las consecuencias de dicha nulidad.

No olvidemos que una cosa es la naturaleza abusiva de la cláusula por su vocación de generalidad y otra muy distinta es la atribución del coste o gasto en cada caso concreto; en este sentido es preciso hacer las siguientes consideraciones:

A/ En lo que se refiere al pago de la partida relativa al impuesto que es objeto de reclamación, el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados debe ponerse en relación con lo especificado en el art. 15 del mismo texto Legal y en el art. 68 del Reglamento de este impuesto. Efectivamente, en los supuestos de constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en

garantía de un préstamo, se tributará exclusivamente por el concepto de préstamo, siendo el sujeto pasivo el prestatario. Por lo tanto, no debe concederse cantidad alguna a la parte actora con relación a dicha partida.

B/ En lo referente al pago de los aranceles del Registrador de la Propiedad, debe estarse a la Norma Octava del Anexo II del Real Decreto 1427/89, debiendo abonarse, como regla general, por la persona a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho. En el presente caso la garantía hipotecaria se adopta y, por lo tanto, se inscribe en beneficio del prestamista, por lo que el pago corresponde a la entidad demandada en la medida que no se aprecia que concurra, a los efectos de poder justificar que el abono corresponda al consumidor, ni el supuesto recogido en la letra b/ ("por el que lo transmita") ni el supuesto recogido en la letra c/ ("por el que tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir") del art. 6 de la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, debe acogerse la pretensión planteada por la parte actora con relación a esta partida (257,16 euros).

C/ En lo referente al pago de los aranceles del Notario, debe estarse a la Norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/89. No constando suficientemente acreditado en las actuaciones qué persona concreta requirió la prestación de funciones o los servicios del notario y teniendo en cuenta que los dos negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) se conciertan en unidad de acto y en un único instrumento notarial que beneficia a ambos contratantes, por lo que ambos tienen la condición de interesados, está justificado que el coste del servicio deba ser repartido (50% cada uno) entre ambas partes. Por consiguiente, debe acogerse la pretensión planteada por la parte actora relativa a esta partida exclusivamente con relación a la cantidad de 394,65 (50% de 789,31 euros).

D/ Con relación a los honorarios de la Gestoría, debe mantenerse que las gestiones realizadas por la misma, a la vista de su contenido, redundan en beneficio de ambos contratantes (prestamista y prestatario), lo que justifica que el coste del servicio deba ser repartido (50% cada uno) entre ambas partes. Por lo tanto, debe acogerse la pretensión planteada por la parte actora relativa a esta partida exclusivamente con relación a la cantidad de 214,77 (50% de 429,55 euros).

Por consiguiente, el importe que debe ser abonado por la parte demandada asciende a 866,58 euros (257,16 + 394,65 + 214,77).

3/Respecto a los intereses, no es controvertido que deben abonarse intereses legales desde la interposición de la demanda.

TERCERO.- Respecto de las costas, rige el art. 394 de la LEC, no procediendo hacer pronunciamiento condenatorio alguno en cuanto que la pretensión planteada por la parte actora ha sido acogida parcialmente».