

## Jurisprudencia

### Reseña jurisprudencial e-Dictum 82

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

#### TRIBUNAL SUPREMO

#### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2573/2015] DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2018 [Ponente: Francisco Marín Castán]

*Contratos de compraventa de viviendas resueltos en el concurso de la promotora inmobiliaria: responsabilidad frente a los compradores de la entidad de crédito en la que se habían ingresado las cantidades a cuenta del precio de la compraventa de viviendas en construcción. La responsabilidad como depositaria nace del incumplimiento de su deber de control sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor, no siendo por tanto lo relevante ni la falta de garantía ni el carácter especial o no especial de la cuenta en que se depositen los anticipos, sino si conoció o tuvo que conocer la existencia de esos ingresos a cuenta del precio de venta de las viviendas. Ahora bien, se descarta la responsabilidad cuando los pagos de los compradores al vendedor se hagan al margen del contrato y sin posibilidad alguna de control por parte de la entidad bancaria, como ocurre cuando los compradores contratan por medio de una sociedad y, prescindiendo de la cuenta indicada en el contrato para el ingreso de los anticipos, los ingresan por medio de otra sociedad en una cuenta diferente y una entidad de crédito distinta. A estos efectos, hay que tener presente que, en ningún caso la Ley 57/1968 ampararía a la sociedad que hizo los ingresos, pues la compra masiva para fines comerciales queda al margen de esa norma.*

«La entidad de crédito demandada, ahora recurrente, niega su responsabilidad del artículo 1.2.<sup>a</sup> de la Ley 57/1968 frente a los compradores de viviendas en construcción demandantes respecto de la totalidad de las cantidades anticipadas e ingresadas en una cuenta no especial abierta por la promotora-vendedora en dicha entidad y que no era la indicada en el contrato.

Son datos relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1.- Entre septiembre de 2005 y octubre de 2007 los compradores-demandantes, actuando en todos los casos representados por la mercantil Plus Advisor S.L., compraron a Promociones Eurohouse 2010 S.L. distintas viviendas en construcción (16 en total) pertenecientes a las promociones denominadas Fortuna Golf Resort, Apartamentos Turísticos Fortuna Golf Resort y Apartamentos Turísticos Pueblo La Sal, ubicadas en la provincia de Murcia, términos municipales de Fortuna (las dos primeras) y San Pedro del Pinatar (la última).

1.1. - En concreto, no se discute que los inmuebles objeto de las compraventas fueron los que aparecen relacionados, con sus respectivos compradores, en el fundamento de derecho primero de la sentencia de primera instancia, y en las fechas que también se detallan: [...]

La compra de estas viviendas fue documentalmente acreditada por los demandantes mediante las copias de los contratos que se aportaron con la demanda (...).

1.2.- Tampoco se discute que los compradores entregaron a la promotora a cuenta del precio las cantidades reclamadas en el presente litigio, que aparecen desglosadas en el mismo fundamento de derecho primero de la sentencia de primera instancia y suman un total de 406.385,52 euros. [...]

Además, hay constancia documental de los correspondientes pagos (...).

1.3.- Según esa documentación, las cantidades fueron ingresadas («mediante transferencia, ingreso en efectivo o cheque nominativo») en la cuenta corriente n. NUM030 que la promotora-vendedora tenía abierta en la entidad Caja Rural Central, Sociedad Cooperativa de Crédito (en adelante CRC), oficina sita en C/ Calderón de la Barca 7, de Orihuela (Alicante), pero no

por los compradores sino por la entidad Olé Mediterráneo S.L., sin identificar las viviendas a cuyo precio podían responder esas entregas a cuenta ni tampoco a sus compradores.

1.4.- Esa cuenta de CRC en la que se ingresaron las cantidades objeto de litigio no era la que aparecía designada a ese fin en los respectivos contratos privados de compraventa, pues en estos se incluyó una estipulación del siguiente tenor: «Tercera. Todos los pagos acordados en la cláusula anterior serán efectuados por el COMPRADOR mediante entregas en efectivo directas a la vendedora o a persona debidamente acreditada por esta, cheques nominativos conformados o transferencias bancarias a BBVA; entidad: 0182, oficina: 2980, DC: 39, número de cuenta: 0200050633, (SWIFT: BBVAESMM), (IBAN: NUM031) a favor de PROMOCIONES EUROHOUSE, S.L. no haciéndose responsable la vendedora de cualquier pago efectuado por el comprador contraviniendo la forma pactada».

2.- Por auto de fecha 10 de marzo de 2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Alicante, la citada promotora fue declarada en situación de «concurso necesario ordinario de acreedores» (...).

3.- Los contratos de compraventa suscritos por los demandantes en este pleito fueron resueltos por sentencias (todas ellas firmes) dictadas con fecha 18 de junio de 2010 por el mismo juzgado en los respectivos procedimientos de incidente concursal (...), que condenaron a la promotora a devolver a los compradores todas las cantidades anticipadas a cuenta del precio más sus intereses.

4.- Con fecha 5 de julio de 2012 los compradores demandaron a CRC pidiendo con carácter principal su condena a entregar las preceptivas garantías (aval o seguro) y, subsidiariamente, con base en el artículo 1.2.ª Ley 57/1968 (pretensión a la que se contraen los presentes recursos), su condena a devolver la totalidad de los anticipos o, al menos, el importe de las cantidades que constaban ingresadas en la cuenta de la promotora.

Fundaban esta última pretensión en la responsabilidad legal que con arreglo a dicho precepto debe asumir la entidad de crédito que admita ingresos de cantidades anticipadas en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial debidamente garantizada, y alegaban que este era el caso, dado que la demandada había aceptado ingresos en una cuenta

corriente de la promotora a cuenta del precio de compra de las referidas viviendas en construcción sin garantizar su devolución mediante aval o seguro.

5.- Además de plantear diversas excepciones procesales, CRC también se opuso a la demanda por razones de fondo, alegando, en lo que ahora interesa y en síntesis: (i) que nunca tuvo relación directa con los compradores ni fue requerida por estos o por la promotora para que garantizara la devolución de los anticipos mediante aval o seguro; (ii) que precisamente por ser ajena a las relaciones privadas entre aquellos y la promotora, nunca tuvo conocimiento de los ingresos, pues nunca percibió directamente de los compradores cantidad alguna; y (iii) que otros datos relevantes eran que no había financiado las promociones en las que se ubicaban las viviendas, que los contratos de compraventa fueron suscritos por una empresa que hizo de intermediaria (Plus Advisor S.L.) y que los ingresos en la cuenta de CRC por los que se la exigía responsabilidad procedían de una cuenta corriente abierta en otra oficina de la misma entidad de crédito, pero no a nombre de la promotora, sino de otra mercantil distinta (Olé Mediterráneo S.L.).

6.- La sentencia de primera instancia, diciendo estimar sustancialmente la demanda, condenó a la entidad de crédito demandada, con base en el citado artículo 1.2.ª Ley 57/1968, a devolver las cantidades anticipadas a cuenta del precio que constaban ingresadas en la referida cuenta de la promotora (406.385,52 euros en total), más sus intereses legales desde la fecha de cada ingreso, y al pago de las costas. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la legitimación activa de los demandantes para reclamar a la entidad de crédito la devolución de los ingresos a cuenta derivaba del contenido literal del artículo 1.2.ª Ley 57/1968; (ii) no concurrían las excepciones de litispendencia y prejudicialidad civil porque los derechos reconocidos por la Ley 57/1968 a los compradores eran irrenunciables y no dependían del resultado del proceso concursal, que en todo caso estaba en fase de liquidación por no haberse dado cumplimiento al convenio; (iii) tampoco tenían valor de cosa juzgada las sentencias dictadas contra la promotora declarando resueltos los contratos por el incumplimiento de esta y condenándola a restituir todos los anticipos; (iv) la petición principal de condena a otorgar avales era improcedente una vez que los contratos habían sido resueltos; (v) por el contrario, sí debía estimarse la pretensión subsidiaria formulada con arreglo al artículo 1.2.ª Ley 57/1968,

pues según la interpretación jurisprudencial de dicho precepto, en atención a la finalidad tuitiva de la ley, «pese a que las entidades financieras no son parte en los contratos de compraventa entre promotor y adquirentes, lo cierto es que no son ajenas ni a su contenido ni al cumplimiento de sus obligaciones que dimanan de los mismos, pues deben velar por que se cumpla con las garantías que establece la Ley 57/1968», asumiendo una obligación de control; (vi) la aplicación de esta doctrina al caso determinaba que se condenara a la entidad de crédito demandada a devolver a los compradores las cantidades que ingresaron en la cuenta de la promotora abierta en la oficina de Orihuela (406.385,52 euros, una vez excluidas aquellas otras cantidades que no recibió), pues la prueba practicada (en particular el interrogatorio de la demandada) permitía concluir no solo que fue concedora de los ingresos (cuya existencia no fue negada en ningún momento), sino, sobre todo, que por su ingente cantidad y porque la cuenta estaba a nombre de «un cliente dedicado a promociones inmobiliarias», no podía considerarse creíble que CRC no supiera que se trataba de cantidades a cuenta del precio de compraventas de viviendas en construcción sujetas a unas garantías legales (apertura de cuenta especial debidamente garantizada) de cuya inobservancia por el promotor debía responder la entidad depositaria; y (vii) no era aplicable al caso el artículo 1851 del Código Civil, pues la inclusión de la deuda principal en la lista de acreedores no suponía una novación del crédito ni impedía al acreedor reclamar a los fiadores o avalistas del concursado.

7.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la entidad demandada, exclusivamente dirigido a negar su responsabilidad del artículo 1.2.ª Ley 57/1968 al entender, en síntesis, que dicho precepto no era aplicable al caso por no haber intervenido CRC en los contratos de compraventa de los que traían causa los anticipos, porque la obligación de avalar correspondía a la promotora, porque la cuenta en la que se ingresaron no era especial sino una cuenta corriente abierta a nombre de esta y, en fin, porque la mayor parte de las cantidades se ingresaron en una cuenta de la sociedad limitada que representó a los compradores en los respectivos contratos, en la de otra sociedad limitada, mediadora, y en algunos casos en la de la promotora, las tres con cuentas abiertas en la entidad.

8.- La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso, confirmó íntegramente la sentencia apelada, con imposición de costas a la apelante.

Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) la jurisprudencia ha reiterado que la entidad de crédito no puede desentenderse de su responsabilidad por la falta de ingreso en la cuenta especial, pues se trata de un profesional experto al que debe exigirse el conocimiento de la normativa aplicable y de los deberes que le incumben; (ii) está acreditado que «la apelante conocía que Eurohouse 2010 S.L. se dedicaba al mercado inmobiliario» por lo que «carece de sentido que se afirme que se desconocía la procedencia de los cuantiosos ingresos que se realizaban en la cuenta número NUM030 de Caja Rural»; y (iii) el hecho de que se tratara de «una cuenta corriente y no especial no puede ser imputable a los actores, tal y como pone de manifiesto la reciente sentencia del Tribunal Supremo citada, siendo deber de la entidad que percibe las cantidades de los compradores velar por el cumplimiento impuesto por la Ley 57/1968 y generando responsabilidad en caso de incumplimiento de las mismas», de tal modo que CRC no debería haber aceptado los ingresos de Eurohouse 2010 S.L. sin cerciorarse de que esta había cumplido la obligación de garantizar debidamente su devolución.

9.- Contra dicha sentencia la entidad demandada-apelante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional, tanto en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala como en la de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en torno a la responsabilidad legal de las entidades de crédito con arreglo al artículo 1.2.ª de la Ley 57/1968.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El recurso se compone de un solo motivo, formulado al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y fundado en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por error patente en la valoración de la prueba. En su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que la apreciación contenida en la sentencia recurrida de que «carece de sentido que se afirme que se desconocía la procedencia» de los ingresos realizados en la cuenta corriente abierta por la promotora en CRC es una conclusión fruto de un error patente en la valoración probatoria a la luz de los hechos que constan en autos

y que no han sido tomados en cuenta; (ii) que es un hecho no discutido que los ingresos en dicha cuenta corriente no se hicieron por los compradores sino por la mercantil Olé Mediterráneo (...), por lo que quedaron fuera del ámbito protector de los consumidores que contempla la Ley 57/1968, tratándose además en su mayoría de cheques librados por esa misma mercantil en la que no se especificaba el concepto; (iii) que por tanto CRC no podía conocer a qué respondían los ingresos ni si se trataba de cantidades a cuenta del precio de compraventas de viviendas en construcción sujetas a la Ley 57/1968, a menos que se le exigiera una verdadera labor inquisitiva sobre cualquier ingreso realizado en la cuenta de la promotora; (iv) que la cuenta de la promotora era ordinaria y fue abierta mucho antes de la fecha en que se firmaron los contratos y se realizaron los primeros ingresos, habiendo reflejado desde su apertura muchísima actividad, con numerosos, cuantiosos (desde 3.000 a 200.000 euros) y variados ingresos, lo que impedía que la entidad de crédito pudiera imputarlos a la compra de viviendas; (v) que, además, la cuenta indicada en los contratos para que los compradores ingresaran los anticipos era una cuenta distinta de la cuenta corriente de la promotora en CRC (en concreto se trataba de una cuenta abierta en la entidad BBVA); y (vi) que por todo ello existen razones para apreciar error patente en la valoración probatoria, pues la conclusión de que la recurrente no podía no conocer la procedencia de los ingresos es ilógica y arbitraria por no superar el test de racionalidad constitucionalmente exigible.

Termina la recurrente solicitando que se case la sentencia recurrida y que esta sala, en funciones de instancia, estime el recurso de apelación y desestime la demanda.

Aunque la parte recurrida solo se ha opuesto al recurso de casación ha de entenderse, por las razones que alega, relacionadas con la falta de interés casacional por no oponerse la sentencia recurrida a la jurisprudencia aplicable, que también se ha opuesto al recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- El recurso se desestima por las siguientes razones:

1.ª) De forma constante viene diciendo la jurisprudencia de esta sala que en nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba permita estimar un recurso extraordinario de infracción procesal

amparado en el artículo 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (no en otro ordinal del mismo art. 469.1) debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (por ejemplo, sentencias 333/2018, de 1 de junio, 135/2018, de 8 de marzo, 112/2018, de 6 de marzo, y 430/2017, de 17 de julio).

En esa línea, la reciente sentencia 161/2018, de 21 de marzo, en un caso que también versaba sobre la posible responsabilidad frente a los compradores de la entidad de crédito en la que habían ingresado cantidades a cuenta del precio de la compraventa de viviendas en construcción, ha recordado: «No todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, y la excepcional revisión en esta sede de la actividad probatoria del tribunal de instancia, limitada a la existencia de error patente o arbitrariedad, o infracción de norma tasada de prueba, precisa la justificación de la comisión de dicho error fáctico -material o de hecho-, que ha de ser además "inmediatamente verificable de forma incontrovertible a través de las actuaciones judiciales" (sentencia 443/2017, de 13 de julio, con cita de la STC 55/2001) y referirse a la valoración de un medio de prueba en concreto, lo que obliga a la parte recurrente a exponer cómo, dónde o cuándo se ha producido el error».

2.ª) Además, tampoco es aceptable plantear a través del recurso extraordinario por infracción procesal cuestiones de fondo que exceden de su ámbito por ser propias del recurso de casación, ni cuestiones procesales carentes de autonomía o sustantividad propia respecto de las sustantivas que sean objeto del recurso de casación.

3.ª) Esta doctrina es aplicable al caso: en primer lugar, porque no se cita ninguna norma sobre valoración de la prueba como infringida ni tampoco el artículo 24 de la Constitución (por más que pueda sobreentenderse su cita cuando, sin mayor concreción, se alude en el encabezamiento del motivo único a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva), ni se identifica el concreto medio de prueba origen del pretendido error fáctico o material ni, en fin, se razona en qué pueda consistir la indefensión material alegada, más allá de ofrecer unas conclusiones probatorias alternativas; y en segundo lugar, porque el recurso carece de autonomía o sustantividad propia respecto de las cuestiones de fondo objeto del recurso de casación, ya que la cuestión de si la entidad hoy recurrente conoció o pudo conocer, y por tanto controlar, los pagos no tiene una dimensión puramente fáctica sino que,

como declara la sentencia 636/2017, de 23 de noviembre, encierra «una valoración jurídica de la responsabilidad del banco en función del contenido de unos documentos que nadie discute y que claramente expresaban ingresos a cuenta de los demandantes en una cuenta de la promotora-vendedora por la compra de unas viviendas en construcción» cuya revisión es propia del recurso de casación.

Recurso de casación.

CUARTO.- El recurso de casación se compone de dos motivos estrechamente relacionados entre sí, que por ello procede examinar y resolver conjuntamente. El motivo primero se funda en infracción del artículo 1.1.ª de la Ley 57/1968, alegándose la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala porque la sentencia recurrida, al fundar su ratio decidendi en «las sentencias del Pleno de la Sala Primera de 13 de enero de 2015 y núm. 780/2014, de 30 de abril de 2015», en puridad no hizo sino vulnerar su doctrina, que según la recurrente solo dispone que cuando se ha contratado el seguro o el aval la falta de ingreso de las cantidades garantizadas en una cuenta especial o en la cuenta ligada a los avales no excluye la cobertura del seguro ni la obligación del avalista de responder por la devolución de esas cantidades, pero que, sigue diciendo, no contempla casos como el presente en que el promotor no ha contratado ni el seguro ni el aval y la entidad de crédito no avalista desconoce incluso la existencia de la promoción, por lo que, concluye, su deber de control sobre los ingresos en una cuenta del promotor deviene exorbitante y desproporcionado.

El motivo segundo aduce la existencia de interés casacional en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, alegándose al respecto, en síntesis, que la sentencia recurrida, al enjuiciar la concurrencia de los presupuestos que determinan el nacimiento de la responsabilidad de las entidades de crédito con arreglo al artículo 1.2.ª Ley 57/1968, resuelve sobre dos cuestiones respecto de las que consta de manera notoria esa contradicción: «(i) sobre si esa responsabilidad nace única y exclusivamente cuando la promotora abre una cuenta especial que evita la confusión de los ingresos de los compradores con otros ingresos y capitales administrados por el promotor; y (ii) sobre si, en aquellos casos, en los que se considera que esa responsabilidad nace también cuando no se ha abierto esa cuenta especial, la

responsabilidad se produce siempre que la cuenta sea de una promotora y se hayan producido ingresos que han resultado tener origen en cantidades anticipadas por el comprador consumidor, de manera que las entidades de crédito tienen un deber de control o vigilancia de todos los ingresos realizados en esa cuenta, a fin de verificar si alguno de ellos puede consistir en dichas cantidades anticipadas y, de este modo, impedir o bloquear el ingreso si el promotor no constituye el aval o el contrato de seguro respecto de esas concretas cantidades». Como sentencias que siguen el criterio estricto de que la responsabilidad de la Ley 57/68 solo nace cuando la promotora solicita de forma expresa la apertura de una cuenta especial se citan, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, sec. 6.ª, 356/2012 y 234/2013; y como sentencias que entienden que la responsabilidad de la ley nace también en los casos de ingresos de cantidades anticipadas en otras cuentas corrientes ordinarias del promotor cita, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, sec. 3.ª, 219/2013 y 13/2014.

En trámite de alegaciones a la providencia poniendo de manifiesto posibles causas de inadmisión la parte recurrente añadió que existe jurisprudencia de esta sala, posterior a la citada en el recurso (en concreto cita las sentencias 420/2016, de 24 de junio, 436/2016, de 29 de junio, y 675/2016, de 16 de noviembre), que viene a avalar su tesis de que no pudo conocer ni controlar los ingresos, y ello tanto porque se hicieron en una cuenta de la promotora que no era la especial del BBVA indicada en el contrato como porque, además, se realizaron por medio de terceros y no directamente por los compradores, además de que esta sala inadmitió un recurso similar en un pleito entre otros compradores y la misma promotora (auto de 23 de noviembre de 2016, rec. 272/2015) confirmando así la sentencia dictada en apelación también por la misma Audiencia Provincial de Alicante que descartó la responsabilidad de CRC).

La parte recurrida se ha opuesto a dichos motivos argumentando, en síntesis: (i) que las sentencias invocadas en trámite de alegaciones ni siquiera se habían dictado cuando se dictó la sentencia recurrida, por lo que su doctrina no pudo ser infringida, además de referirse a casos distintos del presente; (ii) que la recurrente incurre en confusión, pues la responsabilidad exigible a la entidad avalista, y los casos en que se ha apreciado su falta de responsabilidad por cantidades recibidas en otras cuentas o de otras entidades, es diferente de la

responsabilidad que se exige en este caso a la entidad de crédito recurrente depositaria, con base en el artículo 1.2.ª de la Ley 57/1968, por no controlar los ingresos, lo que determina que tampoco sea aplicable al caso la doctrina de esta sala sobre casos en los que los pagos al promotor se hacían «al margen del contrato y sin posibilidad alguna de control por parte de la entidad financiera», pues la sentencia recurrida declara probado que la entidad hoy recurrente sabía que Eurohouse 2010 S.L. se dedicaba al mercado inmobiliario y por ello carecía de sentido que no conociera la procedencia de los cuantiosos ingresos que se realizaron en la cuenta que la citada promotora tenía abierta en dicha entidad; (iii) que no puede ser paliativo de la responsabilidad legal de la entidad recurrente el hecho de que los pagos se hicieran a través de terceros en nombre de los compradores, pues la normativa protectora de los consumidores de la Ley 57/1968 se aplica también en estos casos (pagos en nombre de los compradores realizados por terceras personas como abogados, intermediarios, etc.), tal y como se deduce de la jurisprudencia de esta sala contenida en las sentencias 420/2017, de 4 de julio, y 467/2014, de 25 de noviembre; y (iv) que en este caso, a diferencia del analizado por la sentencia 502/2017, de 14 de septiembre, ha de tenerse en cuenta que en modo alguno se obligó a los compradores a realizar los pagos en la cuenta del BBVA indicada en los contratos ni se les dijo que la concesión de garantías dependiera de ello, ni se les indicó que fuera especial, ni se ha declarado probado que existan esas garantías (aval o seguro) en orden a excluir la responsabilidad del depositario.

QUINTO.- El recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) La doctrina aplicable a la presente controversia (responsabilidad de la entidad de crédito con base en el artículo 1.2.ª de la Ley 57/1968, esto es, por recibir anticipos de los compradores y no garantizar debidamente su devolución mediante aval) ha sido sintetizada por esta sala en la reciente sentencia 102/2018, de 28 de febrero: «2.ª) Como recuerda la sentencia 436/2016, de 29 de junio, el cuerpo de doctrina interpretativo de la Ley 57/1968 "no admite, por regla general, que recaigan sobre el comprador las consecuencias del incumplimiento por el promotor de sus propias obligaciones, como tampoco las derivadas de los incumplimientos imputables a las entidades bancarias en que el promotor tenga abiertas cuentas en las que los compradores ingresen cantidades anticipadas"».

Según esta sentencia, el carácter tuitivo de la dicha Ley ha sido remarcado por una jurisprudencia en la misma línea protectora del comprador, según la cual: «Si existe garantía, los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o avalista aunque no se ingresen en la cuenta especial sino en otra diferente del promotor pero en la misma entidad bancaria (sentencias de Pleno 779/2014, de 13 de enero de 2015, y 780/2014, de 30 de abril de 2015).»

Si no existe dicha garantía (como ha sido el caso), ello no impide que las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía respondan frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad, pues a partir de la sentencia 733/2015, de 21 de diciembre se fijó como doctrina en relación con la condición 2.ª del artículo 1 Ley 57/1968 que "las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad" (doctrina que se reitera en las sentencias 142/2016, de 9 de marzo, 174/2016, de 17 de marzo, 226/2016, de 8 de abril, y 459/2017, de 18 de julio).»

3.ª) Como afirma la reciente sentencia 636/2017, de 23 de noviembre, "la razón fundamental de esta jurisprudencia es que las entidades de crédito depositarias de cantidades provenientes de particulares compradores de viviendas en construcción no tienen el carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y promotor-vendedor, sino que deben colaborar activamente con este último a fin de asegurarse de que cumple sus obligaciones legales (de recibir los anticipos en una cuenta especial debidamente garantizada). En consecuencia, basta con que la entidad de crédito conozca o no pueda desconocer (que 'supo o tuvo que saber', según dijo literalmente dicha sentencia) que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de viviendas en construcción para que responda por no haber exigido del promotor la apertura de una cuenta especial, separada y debidamente garantizada. No entenderlo así y exonerar de responsabilidad a la entidad de crédito en los casos en que las cantidades

se recibieran 'en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones' privaría a los compradores de la protección que les blinda el "enérgico e imperativo" sistema de la Ley 57/1968".

»También la ya citada sentencia 459/2017, de 18 de julio, declaró al respecto que es el incumplimiento del deber de control sobre el promotor que la condición 2.ª del artículo 1 Ley 57/1968 impone al banco lo que determina su responsabilidad frente al comprador, de modo que, "siendo el promotor el obligado principal a devolver la totalidad de los anticipos, esta misma obligación es la que asumen los garantes (en caso de que haya aval o seguro) y la entidad de crédito depositaria (en defecto de aquellos)", y esto independientemente de que la cuenta en la que se ingresen tenga o no carácter especial».

4.ª) No obstante, la sentencia 436/2016, de 29 de junio, descartó cualquier responsabilidad de la entidad de crédito, avalista además, respecto de la cantidad entregada al promotor sin posibilidad de conocimiento y control por aquella al no haberse ingresado en la cuenta indicada en el contrato, pues la ley solo la responsabiliza de las cantidades que se ingresan o transfieren a una cuenta del promotor en dicha entidad.

En concreto, puntualizó: »"Desde este punto de vista, la mención de la disposición adicional 1.ª b) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), en su redacción aplicable al caso por razones temporales, a 'las cantidades entregadas en efectivo' no puede interpretarse, como propone el recurrente, en el sentido de que la garantía se extienda a cualesquiera pagos en efectivo del comprador al promotor a cuenta del precio total, sino, como explicó la ya citada sentencia de Pleno 467/2014, de 25 de noviembre, a la necesidad de llenar el vacío legal existente hasta entonces en relación con las cantidades anticipadas mediante efectos bancarios, pues la Ley 57/1968 solamente se refería a las entregas de dinero».

En definitiva, por 'cantidades entregadas en efectivo' [disposición adicional 1.ª b) de la LOE] o por 'entregas de dinero' (art. 1 de la Ley 57/1968) habrán de entenderse, por regla general, las percibidas por el promotor 'a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros' [arts.1-2 .ª y 2. c) de la Ley 57/1968], ya sea por ingreso directo del comprador en la entidad de que se trate, ya por transferencia, pues ambas modalidades deben considerarse comprendidas en el concepto 'entrega de dinero o en efectivo', lo que no

excluye que en cada caso sea preciso ponderar la capacidad de control de la entidad avalista o aseguradora pues, como bien indicó en este litigio la sentencia de primera instancia, en el caso de los seguros colectivos la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968 dispone que los contratos de compraventa han de haberse sometido al previo conocimiento de la entidad aseguradora".»

Más recientemente, la sentencia de pleno 502/2017, de 14 de septiembre, descartó la responsabilidad de la entidad de crédito recurrente porque al cumplimiento "de todo lo que le era exigible según la doctrina jurisprudencial" se unía la constancia de que los pagos no se habían realizado ni en la cuenta especial ni en ninguna otra de la promotora en la misma.»

Se ha insistido en esta línea también en los casos en que se exigía responsabilidad a la entidad de crédito con base en el artículo 1.2.ª Ley 57/1968, a falta de aval o seguro, siempre desde la idea de que dicha responsabilidad legal impone la constancia de que la entidad conoció o tuvo que conocer la existencia de ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen.»

Así, la sentencia 636/2017, de 23 de noviembre, declara que "la responsabilidad legal del banco derivada del artículo 1-2.ª de la Ley 57/1968 no se funda, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, ni en la connivencia entre banco y promotor ni en el conocimiento por el banco del ingreso de anticipos en una o varias cuentas del promotor, sino en el deber de control del banco sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor para exigirle la apertura de la preceptiva cuenta especial, debidamente garantizada, en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas". Y precisamente porque consideró documentalmente probada la existencia de ingresos de los demandantes en una cuenta de la promotora vendedora por la compra de viviendas en construcción, siguió el criterio de la sentencia 174/2016, de 17 de marzo, de considerar que en esas circunstancias (realidad de los ingresos) no podía descargarse en los compradores "una responsabilidad de control sobre las cuentas del promotor que, legalmente, corresponde a la entidad de crédito en la que el promotor tenga una o varias cuentas".»

Por último, debe recordarse que desde la sentencia de pleno 781/2014, de 16 de enero de 2015, en un caso

en que eran distintas la entidad que financió la construcción y la que percibía las cantidades anticipadas en una cuenta de la cooperativa de viviendas, y en el que no se había cumplido la exigencia legal de cuenta especial y de aval, es doctrina reiterada (sentencias 126/2016, de 9 de marzo, y 468/2016, de 7 de julio) que no cabe exigir responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones legales a la primera, en tanto que no fue quien recibió directamente las cantidades anticipadas por los cooperativistas»

4.ª) (en realidad 5.ª) La proyección de esta doctrina sobre el presente caso determina que sea acertada la absolución de la entidad de crédito desde el momento en que los hechos probados corroboran su sostenida alegación (tanto al contestar a la demanda como al fundamentar su recurso de apelación) sobre su falta de conocimiento de los pagos hechos por los compradores al promotor [...]».

2.ª) Los argumentos de la parte recurrente acerca de que su responsabilidad legal depende de que la cuenta sea especial y no ordinaria o, en este segundo caso, de que la entidad de crédito depositaria sea además avalista, no se ajustan a la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, ya que su responsabilidad como depositaria nace del incumplimiento de su deber de control sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor, no siendo por tanto lo relevante ni la falta de garantía ni el carácter especial o no especial de la cuenta en que se depositen los anticipos, sino si conoció o tuvo que conocer la existencia de esos ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen, lo que tiene lugar, según declaró la sentencia 636/2017, de 23 de noviembre, «en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas».

3.ª) Sin embargo, sí tiene razón la recurrente cuando cuestiona la indiferencia de la sentencia recurrida de que conoció, o al menos no podía desconocer, que las cantidades ingresadas en la cuenta corriente abierta en dicha entidad a nombre de Eurohouse 2010 S.L. se correspondían con anticipos de los correspondientes compradores a cuenta del precio de sus viviendas. Se trata de una conclusión que, aunque parta de los hechos probados, infringe la jurisprudencia porque atiende únicamente al dato de que la titular de la cuenta fuese una entidad dedicada a la promoción inmobiliaria y prescinde de otros no menos relevantes como que la cuenta de CRC no fuese la indicada en los

contratos (en los que se indicó una de otra entidad) o como que tales ingresos se llevaran a cabo por un tercero, la mercantil Olé Mediterráneo S.L., sin dar razón suficiente de que los mismos verdaderamente se correspondieran con anticipos de compradores de viviendas protegidos por la Ley 57/1968. Por tanto, la falta de justificación aparente para prescindir de la cuenta indicada en el contrato y para que los pagos se hicieran en una cuenta distinta, y además por una sociedad limitada y no por los propios compradores de las viviendas en construcción, que de este modo no podían ser identificados por la hoy recurrente como tales (es decir, como titulares de los derechos irrenunciables de la Ley 57/1968), son razones bastantes para excluir la responsabilidad legal fundada en el artículo 1. 2.ª de la Ley 57/1968.

Al no ser la responsabilidad legal de la entidad de crédito depositaria una responsabilidad «a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino, como establece el artículo 1-2.ª de la Ley 57/1968 y declara la jurisprudencia, una responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que les impone dicha ley» (sentencia 502/2017, de 14 de septiembre), esta sala ha descartado su responsabilidad en casos como este en que los pagos del comprador al vendedor se hagan al margen del contrato y sin posibilidad alguna de control por parte de la entidad bancaria (por ejemplo, sentencias 420/2016, de 24 de junio, 436/2016, de 29 de junio, y 675/2016, de 16 de noviembre, además de la ya citada 102/2018, de 28 de febrero). Esta solución es además coherente con la decisión de inadmitir por auto de 23 de noviembre de 2016 el recurso de casación n.º 272/2015, interpuesto por los compradores en un litigio sobre viviendas en construcción promovidas también por Eurohouse 2010 S.L. y en el que la sentencia entonces recurrida desestimó la responsabilidad de la misma entidad de crédito hoy recurrente por haberse constatado que los anticipos no fueron depositados por los entonces compradores sino por la misma mercantil Olé Mediterráneo S.L.

En definitiva, el artículo 1.2.ª de la Ley 57/1968 impone unos rigurosos deberes de control a las entidades de crédito para proteger a los compradores de viviendas en construcción, pero en ningún caso ampara a quienes, como los compradores recurridos, contratan por medio de una sociedad, prescinden de la cuenta indicada en sus contratos para el ingreso de los anticipos y, en fin, los ingresan por medio de otra sociedad en una cuenta diferente y una entidad de

crédito distinta. Basta con recordar que en ningún caso la Ley 57/1968 ampararía a la sociedad limitada que hizo los ingresos, pues la compra masiva para fines comerciales queda al margen de dicha ley, para comprobar que no puede ser precisamente la entidad de crédito demandante-recurrente la que deba responder frente a los demandantes-recurridos.

SEXTO.- La estimación del recurso de casación determina que proceda casar totalmente la sentencia recurrida y, en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada, revocar la sentencia de primera instancia y desestimar íntegramente la demanda».

### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 842/2016] DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2018 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]**

*Compraventa de vivienda. Resolución del contrato de arras en el concurso de la constructora y reconocimiento como crédito contra la masa de la obligación de la concursada de devolución de las cantidades entregadas por el comprador a cuenta del precio de compra: responsabilidad de la aseguradora por el seguro de caución que cubre el incumplimiento de la obligación de entrega: la entidad garante no debe responder de la inactividad de las partes en la entrega cuando esta es material y jurídicamente posible dentro de los dos años posteriores a la fecha en que debía haberse entregado la vivienda.*

«El 17 de mayo de 2006, Ginés concertó un contrato, denominado de arras, con la promotora Ediman, S.A. para la compra de dos viviendas que en ese momento estaban en construcción. Ginés entregó a cuenta del precio de compra la suma de 63.622,20 euros.

Para garantizar la devolución de las cantidades entregadas, se firmaron dos pólizas de seguro con ACC Seguros y Reaseguros de Daños, S.A. (más tarde fue absorbida por Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.). El capital asegurado era de 41.334,59 euros y 28.139,56 euros, respectivamente. En el contrato se preveía que las obras debían acabar el 28 de febrero de 2008 y se convenía un plazo de seis meses para la formalización de la compraventa (28 de agosto de 2008).

Las obras se terminaron el 12 de septiembre de 2007. La cédula de habitabilidad fue concedida el 20 de agosto de 2008. La promotora (Ediman) requirió al

comprador para que escriturara la compraventa el 5 de marzo de 2009, quien no accedió al otorgamiento de escritura pública.

Ediman había sido declarada en concurso de acreedores en mayo de 2008.

A instancias de la propia concursada, por sentencia de 25 de julio de 2011, el juez del concurso acordó la resolución del contrato de arras y reconoció como crédito contra la masa la obligación de la concursada de devolución de las cantidades entregadas por el comprador a cuenta del precio de compra.

2. Ginés interpuso la demanda que dio inicio al presente procedimiento contra Zurich, en la que le reclamaba el pago de la suma asegurada, porque se había cumplido el riesgo cubierto, ante la resolución del contrato y la obligación de la concursada de devolver las cantidades entregadas a cuenta.

3. La sentencia de primera instancia entendió que había existido un retraso en el cumplimiento de la obligación de formalización del contrato de compraventa, prevista en agosto de 2008. Este plazo era esencial y su incumplimiento frustró las legítimas expectativas del demandante. Por ello, se cumplió el riesgo cubierto con las pólizas de seguro y la aseguradora debía abonar la suma asegurada.

4. La sentencia de apelación estima el recurso de la compañía aseguradora. La Audiencia razona que la resolución del contrato, acordada en el concurso de acreedores a instancia de la promotora, después de que previamente se hubiera requerido al comprador para que otorgara la escritura de compraventa y no accedió, no se encuadra en ninguno de los supuestos cubiertos por la póliza de seguro de caución, en la estipulación sexta. Añade que la póliza de seguro cubría hasta el incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, por lo que el dies a quo para el ejercicio de la acción frente a la aseguradora (de dos años) debía situarse cuando se cumplió el plazo convenido, a finales de agosto de 2008, y no cuando, años más tarde, se resolvió el contrato (25 de julio de 2011).

5. La sentencia es recurrida en casación por Ginés, sobre la base de un motivo. Propiamente sólo existe un motivo, el enunciado en el apartado primero de la parte del recurso dedicada a los motivos de casación, que denuncia la infracción del artículo 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio.

En el apartado segundo no se articula ningún motivo de casación de forma correcta, pues no se denuncia la infracción de ninguna norma jurídica. En un estilo propio de un escrito de alegaciones en la instancia, se hace referencia a la prescripción de la acción, sin que con ello se cumplan con las mínimas exigencias de formulación de los motivos de casación: «SEGUNDO. Otra cosa que se alega en el escrito de apelación y que ya se alegó en la instancia, es la prescripción de la acción».

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia «que la sala sentenciadora ha incurrido en infracción, en el concepto de valoración por interpretación errónea, del artículo tercero de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, según el cual "expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

En el desarrollo del motivo, el recurrente razona que en este caso es evidente que la entrega de la vivienda no se hizo en el plazo pactado, sin que ni en el artículo 3 de la Ley 57/1968, ni en el contrato de seguro, «se requiera especificar la causa concreta que impide la no entrega de la vivienda».

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

2. Desestimación del motivo. No se discute que el seguro que cubría la obligación de restitución de las cantidades entregadas a cuenta de la compraventa de dos viviendas pendientes de construcción, se constituyó al amparo de la Ley 57/1968, de 27 de julio. El párrafo primero del artículo 3, que se denuncia infringido, dispone lo siguiente: «Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar

en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

Como recuerda la sentencia 547/2017, de 10 de octubre, la jurisprudencia más reciente pone «el acento, más que en la entrega material o instrumental, esta última mediante el otorgamiento de la escritura pública, en que la vivienda esté terminada y en disposición de ser entregada dentro del plazo establecido en el contrato (p. ej. sentencias 237/2015, de 30 de abril, y 217/2014, de 5 de mayo)». Y sobre la base de este entendimiento, en un supuesto similar al presente, la sentencia 547/2017, de 10 de octubre, desestimó una pretensión similar a la ejercitada en el presente procedimiento, con el siguiente razonamiento: «(...) En el presente caso está probado que las obras se terminaron antes de vencer el plazo establecido en el contrato, incluso sin los seis meses adicionales, que la licencia de primera ocupación se solicitó también dentro de ese mismo plazo y, en fin, que la licencia se obtuvo dentro de los seis meses adicionales. Está probado igualmente que la promotora-vendedora no comunicó a los compradores una fecha para el otorgamiento de escritura una vez obtenida la licencia de primera ocupación, pero también que los compradores no hicieron nada para procurar la entrega de la vivienda.»

En consecuencia, aun cuando pudiera admitirse que, una vez obtenida la licencia de primera ocupación, la garantía prestada por la entidad hoy recurrente habría subsistido si la promotora-vendedora se hubiera negado a entregar la vivienda, incumpliendo entonces el contrato, no puede sostenerse que la entidad garante deba responder también de la mera desatención del vendedor al otorgamiento de la escritura pública y del desinterés del comprador en el cumplimiento del contrato; en definitiva, de la inactividad de las partes en la entrega cuando esta es material y jurídicamente posible. Esta conjunción de circunstancias es la que se dio en el presente caso porque, vencido el plazo de entrega pero estando la vivienda ya terminada y contando con licencia de primera ocupación, es decir, en disposición de ser entregada, los compradores decidieron sin más dar por resuelto el contrato mientras que la promotora-vendedora, tras guardar silencio en un principio ante el requerimiento de resolución de los compradores, los convocó días después para el otorgamiento de escritura pública».

En el caso ahora enjuiciado, las obras acabaron el 12 de septiembre de 2007, antes de que se cumpliera el plazo convenido (28 de febrero de 2008), y la cédula de habitabilidad fue obtenida el 20 de agosto de 2008, unos días antes de que se cumpliera el plazo convenido para el otorgamiento de escritura (28 de agosto de 2008). Si bien la promotora Ediman no requirió al comprador para otorgar la escritura de compraventa, con la que se haría entrega de la vivienda, hasta el 5 de marzo de 2009, antes el comprador no había instado la resolución del contrato ni tampoco reclamado de la aseguradora la restitución de las cantidades entregadas a cuenta, conforme al artículo 3 de la Ley 57/1968. Después, el comprador no atendió al requerimiento del vendedor y ni siquiera interesó la resolución por incumplimiento. Fue más tarde cuando, a instancia de la promotora en concurso de acreedores, el juez del concurso, por sentencia de 25 de julio de 2011, acordó la resolución del contrato y declaró el derecho del comprador a recobrar las cantidades entregadas, como crédito contra la masa.

Por eso, parafraseando el precedente citado (sentencia 547/2017, de 10 de octubre), tampoco en este caso debía la entidad garante responder de la mera desatención del vendedor al otorgamiento de la escritura pública (que se retrasó unos meses después de haberse terminado la obra y obtenido la cédula de habitabilidad dentro del plazo previsto para el otorgamiento de la escritura), ni del desinterés del comprador en el cumplimiento del contrato (al no atender al posterior requerimiento); en definitiva, de la inactividad de las partes en la entrega cuando esta era material y jurídicamente posible dentro de los dos años posteriores a la fecha en que debía haberse entregado la vivienda. Adviértase que este plazo de dos años es el previsto para la prescripción de la acción ejercitada frente a la aseguradora, conforme al artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro, y que la acción nació para el comprador desde que se cumplió el plazo pactado para la entrega».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 226/2016] DE 3 DE OCTUBRE DE 2018 [Ponente: José Antonio Seijas Quintana]

*Contrato de suministro de materiales de construcción: aliud pro alio. La entrega de cosa distinta conlleva pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y la absoluta insatisfacción de la parte compradora. Asimismo, habrá incumplimiento cuando el defecto del producto suministrado constituya un defecto de*

*calidad de suficiente gravedad como para determinar la inhabilidad del objeto o la insatisfacción del comprador.*

«Farecor Morteros SL solicitó la condena de Eremere SL, en concepto de pago de la obligación derivada del suministro de materiales de construcción (mortero monocapa de color azul tipo Fare Rev raspado para utilizarlo en ejecución de los revestimientos exteriores de una edificación), a lo que no solo se opuso de la demandada sino que reconvino reclamando a la actora la cantidad de 8.565,80 euros por considerar que el mortero suministrado era defectuoso y no sirvió para el fin para el que se contrató, y su estado le obligó a incurrir en gastos para poder cumplir en plazo con las obligaciones correspondientes frente a un tercero, invocando en apoyo de sus pretensiones el artículo 1101, en relación con el 1124, ambos del Código Civil, por el incumplimiento del contrato de suministro de mortero suscrito entre las partes de forme verbal, sustentando sus pretensiones en la entrega de «aliud pro alio», causante de los perjuicios que reclama.

La sentencia del juzgado estimó en parte la demanda y la reconvenición de tal forma que condenó a la demandada a pagar a la actora la suma de 2.839,68 euros, y a la demandante-reconviniendo a pagar a la demandada la suma de 7.839,8 euros. Considera que estamos en presencia de entrega de cosa diversa, «aliud pro alio», lo que permite acudir a la protección de los artículos invocados en la demanda, en la parte que el material suministrado no sirvió realmente a lo contratado.

La sentencia de la Audiencia revocó la del juzgado y condenó a la demandada a pagar la suma de 6.473,30 euros. Tiene en cuenta para ello que el mortero servido debe ser encuadrado dentro del concepto de vicio, o defecto, pero no oculto o interno, lo que puede apreciarse a simple vista, sin que pueda calificarse de «aliud pro alio» lo servido, sino de vicio o defecto aparente y visible con corto plazo de caducidad para el ejercicio de la acción.

SEGUNDO.-En el recurso de casación se invoca la doctrina del «aliud pro alio», citando las sentencias de esta sala de 22/2009, de 23 de enero y 35/2010, de 17 de febrero, en cuanto a su aplicación a los contratos de suministro mercantil, y 783/1998, de 2 de septiembre, 218/2005 de 4 de abril y 127/2004, de 27 de febrero, en cuanto a la calificación del incumplimiento examinado, como vicio oculto o como prestación diversa, según la doctrina del «aliud pro alio». Se citan, además, los artículos 1484 y 1490, en

relación con los artículos 336 y 342 del Código de Comercio, y artículos 1101 y 1124 del CC.

Tiene en cuenta para ello que de los propios hechos que la sentencia declara probados resulta que existió un defecto sustancial en la prestación realizada por la suministradora y una insatisfacción objetiva del comprador, determinada por la divergencia entre el resultado específico esperado y el obtenido.

Se estima el recurso.

Sostiene la Audiencia, en contra del criterio mantenido en la sentencia de 1ª instancia, que el defecto de calidad del mortero suministrado debe ser encuadrado dentro del concepto de vicio, pero no oculto o interno, sino apreciable a simple vista, y que debió ser denunciado en el plazo del artículo 336 del Código de Comercio, añadiendo que, «en todo caso y de entenderlo oculto, a efectos dialécticos, el plazo de 30 días del artículo 342 C de c, debería estar fenecido, como también el del artículo 1490 Cc».

Sin dejar de reconocerse las dificultades que ofrece en la realidad una distinción segura entre la prestación diversa y los vicios de la cosa entregada, se estará en la hipótesis de entrega de una cosa por otra, «aliud pro alio», cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y concurrido absoluta insatisfacción a la parte compradora.

En primer lugar, tratándose de la compraventa o suministro mercantil si el comprador, al recibir el género, lo examinó a su contento, no tiene acción de repetición contra el vendedor alegando vicio o defecto de cantidad o de calidad aparente o manifiesto (art. 336.1 CCom); si recibió las mercaderías envasadas o embaladas, sí tiene acción por defectos de cantidad o calidad aparentes o manifiestos, si la ejercita dentro de los 4 días siguientes a su recepción (art. 336.2 CCom); si los vicios son internos, debe efectuar la reclamación dentro de los 30 días siguientes a su entrega (art. 342 CCom). Pues bien, el defecto de mortero causado por un fraguado irregular no es un defecto aparente, que esté a la vista, sino que se manifestó, como se ha declarado probado, una vez que los operarios procedieron al raspado después haberlo aplicado sobre la superficie.

En segundo lugar, la doctrina «aliud pro alio», es aplicable a los contratos mercantiles de suministro (sentencias 22/2009, de 23 de enero y 35/2010, de 17 de febrero), en los casos en los que el defecto del producto suministrado consiste en un defecto de

calidad de suficiente gravedad para poder ser considerado como determinante de un incumplimiento del contrato, pues en este supuesto no estamos en presencia de un vicio oculto en la cosa entregada, sino de un incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato.

Tal distinción puede determinarse «partiendo de una doble hipótesis, que habría de definir la existencia de la pretensión diversa como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto o por insatisfacción del comprador. El primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada; para el segundo supuesto se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado o que, el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato o insatisfacción objetiva del comprador, que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento» (sentencias 1045/1993 de 5 noviembre; 911/2005 de 15 noviembre; 1149/2006 de 6 noviembre); doctrina aplicable al supuesto enjuiciado en el que existe un defecto sustancial en la prestación realizada por la suministradora sin que quepa hablar de plazos perentorios de caducidad:

(i) una vez aplicado el mortero suministrado aparecieron manchas o eflorescencias extendidas de forma generalizada por todos los revestimientos del edificio, presentando diversas tonalidades blanco y azul.

(ii) tales patologías se debieron a la falta de homogeneidad del material en cuanto a la pigmentación y al fraguado y endurecimiento irregular del mortero aplicado.

(iii) el color que debía resultar de los revestimiento una vez aplicado el mortero, aun siendo un elemento decorativo, formaba parte de las órdenes recibidas del contratista principal, el cual requirió a la ahora recurrente para que reparase los daños, teniéndose que picar la mayoría de los paramentos y aplicar de nuevo el producto, lo que, añadido a los trabajos adicionales, implicó un sobre-coste de 7.839 euros, no cuestionado».

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3485/2015] DE 3 DE OCTUBRE DE 2018 [Ponente: M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucan]**

*Contrato de compraventa a plazos de bienes muebles: el prestatario, al no poder hacer frente a las cuotas de amortización del préstamo, puede entregar voluntariamente al prestamista el bien para que lo venda y aplique el importe obtenido, hasta donde alcance, a satisfacer la deuda pendiente. Cuando el prestatario entrega el bien al prestamista para que se proceda a su venta con una finalidad pro solvendo, la deuda se extingue por la cuantía correspondiente al valor del bien en el momento de la entrega conforme a las tablas de depreciación establecidas en el contrato y no por el importe del precio menor obtenido en la posterior venta del bien a un tercero.*

«El objeto del presente litigio es determinar si es aplicable el art. 16.2.e) de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, cuando el prestatario, al no poder hacer frente a las cuotas de amortización del préstamo, entrega voluntariamente al prestamista el bien para que lo venda y aplique el importe obtenido, hasta donde alcance, a satisfacer la deuda pendiente. La sala declara que sí, reiterando la doctrina de la sentencia 58/2018, de 3 de febrero.

2.-Son antecedentes necesarios del presente recurso, tal y como han quedado acreditados en la instancia, los siguientes.

De una parte, Banco Mais y, de otra, Anselmo y María Virtudes, celebraron el 28 de junio de 2007 un contrato de préstamo de financiación a comprador por un importe de 23.119,20 euros para la compra de un Ford Mondeo II Diesel, matrícula (....)-LFS , precio al contado de 16.500 euros.

El 10 de febrero de 2009, Anselmo y María Virtudes, al no poder hacer frente al pago de las cuotas, entregaron el vehículo al Banco y firmaron un impreso proporcionado por la entidad en el que declaraban que la entrega era para que, en su nombre, el Banco procediera o autorizara la venta.

Banco Mais presentó demanda contra Anselmo y María Virtudes en la que solicitaba la condena al pago de 17.795,05 euros, cantidad que era el resultado, según argumentaba, de descontar del saldo deudor por impago de las cuotas del préstamo concedido a los demandantes, lo obtenido en la venta del vehículo una

vez que le fue entregado, previa deducción de los gastos de gestión de la venta.

La sentencia de primera instancia consideró, sin que el Banco recurriera en apelación, que de la cantidad reclamada debían descontarse, además, varias cantidades: algunos pagos realizados por los demandados y que el Banco no había tenido en cuenta, lo correspondiente al interés de demora abusivo cobrado, así como los gastos y daños que el Banco no había probado. En consecuencia, condenó a los demandados a abonar la cantidad de 14.251,42 euros.

El juzgado, en cambio, rechazó la alegación de los demandados que razonaron que, de la deuda pendiente debía deducirse, en lugar del precio obtenido en la venta (3.800 euros), el valor del vehículo en el momento de su entrega conforme a las tablas o índice de referencia a que se remitía la cláusula 13 del contrato celebrado por las partes. Conforme a la citada cláusula, el valor de tasación del vehículo, a efectos del art. 16 LVPBM, sería «el asignado en las tablas oficiales del Ministerio de Hacienda que aprueban los precios aplicables en la gestión del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, impuesto sobre sucesiones y donaciones e impuesto especial de determinados medios de transporte». Según la tabla vigente en la fecha de entrega del vehículo por los prestatarios, el valor del vehículo, aplicado el porcentaje de utilización, era de 15.540 euros (Orden EHA 3698/2008, de 11 de diciembre, publicada en el BOE 305, de 19 de diciembre de 2008).

El juzgado rechazó esta alegación de los demandados con el argumento de que «una cosa es el valor de tasación del bien a efectos de la fijación del tipo en la subasta y otra el precio realmente obtenido en la misma, que es lo que definitivamente serviría para minorar la deuda».

La sentencia de apelación, que confirmó la de primera instancia, tras declarar estar de acuerdo con ese razonamiento del juzgado, añadió: «Puesto que una cosa es el valor de tasación, o cualquier otro semejante que se pretende atribuir, que son los que la demandada, en definitiva, pretende que sean los que se apliquen para restar el saldo deudor, y otro lo obtenido efectivamente con la subasta, que es lo único a detraer, sin que lo que se pretende tenga la adecuada cobertura legal siquiera a partir de la normativa que se alega, artículo 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a Plazos de Bienes Muebles, a

la que se encuentra sometida el contrato, máxime cuando dicho precepto establece la potestad pero no la obligatoriedad de ejercitar por el acreedor las facultades que en él se disponen, ni tampoco consta que este se hubiera adjudicado el vehículo para sí, sino la entrega voluntaria de los demandados para su subasta, que en este caso no se realiza conforme a las exigencias de dicho artículo, sino por medio de empresa privada especializada, pero que no por no seguirse aquellos dictados conlleva tampoco la consecuencia de que corresponda dar al vehículo un mayor valor que el obtenido. De tal forma que si los demandados entendían que era obligada la subasta pública en los términos contemplados en el precepto, así como que se hubiera producido algún tipo de irregularidad como la que se expone de no haber sido avisados de la celebración de la subasta que se realizó, y que por ello se les habría podido ocasionar algún daño o perjuicio, lo que correspondía era ejercitar acción frente a la actora exigiendo que así se declarase judicialmente, y justificarlo adecuadamente, al no resultar factible así determinarlo dentro del presente litigio al no formularse reconvencción, y sin que se pudiera dar por sentado sin más su reflejo sobre el saldo deudor».

Los demandados interponen recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia.

La parte demandante, ahora recurrida, no presenta escrito de oposición.

SEGUNDO.-Recurso de casación. Decisión de la sala. Estimación.

1.-Motivo del recurso. El recurso de funda en un único motivo en el que los demandados ahora recurrentes denuncian infracción art. 16.2.e) de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles. Justifica la presencia de interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, para lo que aporta sentencias que consideran que no es de aplicación el art. 16 LVPBM cuando el prestatario entrega el bien para su venta frente a otras que consideran que sí es aplicable.

2.-Doctrina de la sala.

Esta sala se ha pronunciado ya sobre este asunto en la sentencia 58/2018, de 2 de febrero, cuyo criterio vamos a seguir para resolver el presente recurso.

Decíamos en la sentencia 58/2018, de 2 de febrero, que el art. 16 LVPBM regula un procedimiento extrajudicial que permite al acreedor dirigirse directamente contra el bien adquirido a plazos y que consiste en una reclamación de pago notarial para que el deudor pague o entregue la posesión del bien. En este último caso, el acreedor puede adjudicarse directamente el bien o proceder a su ejecución en pública subasta con intervención notarial [letra c) del art. 16.2]. Añade la letra e) del art. 16.2 que «la adquisición por el acreedor de los bienes entregados por el deudor no impedirá la reclamación entre las partes de las cantidades que correspondan, si el valor del bien en el momento de su entrega por el deudor, conforme a las tablas o índices referenciales de depreciación establecidos en el contrato, fuese inferior o superior a la deuda reclamada».

En la misma sentencia 58/2018, de 2 de febrero, declaramos también que el art. 16.2.e) LVPBM es aplicable en todos los casos en los que el deudor entrega los bienes al acreedor, con independencia de que esa entrega se haga para la venta a un tercero. Ello no puede ser de otra manera por el hecho de que la entrega del bien por el deudor y aceptada por el acreedor no fuera precedida de un requerimiento notarial del acreedor. Tampoco por la circunstancia de que el impreso firmado por el deudor responda a un modelo autorizado en su día por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 2001 o de que con posterioridad la posibilidad de entrega del bien para pago de la deuda haya sido incorporada por Resolución de 21 de febrero de 2017 a los modelos de contratos de ventas a plazos de bienes muebles. Es indudable que tales modelos se insertan necesariamente dentro del régimen legal que, en atención a su declarado carácter imperativo y tuitivo del comprador, no puede ser desplazado en su perjuicio ni por un pacto ni por una cláusula contractual (arts. 14 LVPBM) ni por una práctica habitual generalizada en contra de la ley. Así mismo habrá que descontar del valor el importe de los posibles desperfectos que pudieran quedar acreditados. Ello aunque el precio de la venta al tercero resulte ser menor, tal y como sucedió en el caso.

La aplicación del art. 16.2.e) LVPBM conduce a que en el caso de entrega del bien por el deudor al acreedor este puede reclamar, como máximo, la diferencia entre la deuda y el valor del bien en el momento de su entrega por el deudor. Dicho de otra manera, salvo que el acreedor hubiera aceptado en beneficio del

consumidor la extinción total, la deuda pendiente de pago se reduce por el importe del valor del vehículo en el momento de la entrega y calculado según las tablas fijadas en el contrato.

### 3.-Decisión de la sala. Estimación del recurso.

Dada la procedencia de la aplicación del art. 16.2.e) LVPBM al acuerdo concertado entre el prestamista y el prestatario después de la celebración del contrato y por el que el segundo entrega el bien al primero para que se proceda a su venta con una finalidad pro solvendo, la deuda se extingue por la cuantía correspondiente al valor del bien en el momento de la entrega conforme a las tablas de depreciación establecidas en el contrato y no por el importe del precio menor obtenido en la posterior venta del bien a un tercero.

Por ello, se estima el recurso de casación y se casa la sentencia en el extremo de fijar que la deuda de los demandados con la entidad demandante debe reducirse, no en la cantidad de 3.800 euros obtenidos en la venta del vehículo, sino en la cuantía correspondiente a su valor en el momento de la entrega para la venta conforme a las tablas pactadas en el contrato que, tal y como alegan los demandados recurrentes es de 15.540 euros».

## SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3898/2015] DE 9 DE OCTUBRE DE 2018 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

*Disolución judicial de la sociedad por concurrencia de causa legal y estatutaria de disolución: la sustitución de la explotación directa de un establecimiento turístico por la simple titularidad de una parte alícuota del capital social de otra sociedad que explota un establecimiento turístico de mayor magnitud, constituye causa legal de disolución de la sociedad consistente en el «cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social». En este sentido, no se discute si la actividad prevista en los estatutos sociales como constitutiva del objeto social puede ejercitarse de modo indirecto. La cuestión relevante consiste en que ha de ejercitarse efectivamente esa actividad, y no constituye ejercicio propiamente dicho la mera titularidad de un paquete accionario en una sociedad de idéntico o análogo objeto social, sin actuación alguna tendente a gestionar y rentabilizar la inversión.*

«Los hoy recurrentes, socios minoritarios de Herbania, S.A. (en lo sucesivo, Herbania) interpusieron una demanda en la que ejercitaron una acción de disolución judicial de dicha sociedad por concurrencia de causa legal y estatutaria de disolución, que consistía en haber cesado en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen su objeto social por un período superior a un año.

Este objeto social era descrito en los estatutos sociales de la siguiente manera: «[...] la adquisición, parcelación, urbanización de terrenos, y la promoción, construcción, explotación, arrendamiento, enajenación y tráfico de toda clase de edificios e inmuebles».

La sociedad demandada se opuso a la demanda en su escrito de contestación y negó la concurrencia de la causa de disolución.

2.-El juzgado mercantil estimó la demanda y declaró judicialmente disuelta la sociedad demandada.

3.-La sociedad demandada interpuso un recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial porque consideró que no concurría causa legal de disolución de la sociedad demandada. En la sentencia recurrida se afirma: «[...] la sociedad mercantil HERBANIA, S.A. no cesó en su actividad tras la venta del complejo RIUS MAXORATA sino mediante la reinversión del precio obtenido por dicha venta como socios de nueva sociedad INGESTURSA que acometió la construcción de un nuevo complejo hotelero de mayor entidad, los HOTELES CORDIAL, continuó el cumplimiento del objeto social de modo indirecto y a través de su participación en la nueva sociedad, sin que por tanto, y pese a ser cero su cifra de negocio y carecer de personal -la cifra de negocio, los beneficios o pérdidas y el personal necesario existen, en la sociedad participada-, pueda entenderse que concurra causa de disolución social, ni por cese de la actividad durante un año, ni por pérdida de la affectio societatis».

4.-Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal basado en dos motivos y un recurso de casación basado también en dos motivos, todos los cuales han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

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

1.-En el encabezamiento de este motivo se denuncia la infracción del art. 24 de la Constitución por haberse desconocido el efecto de cosa juzgada material, previsto en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de una sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

2.-La infracción habría sido cometida porque la sentencia impugnada desconoce los efectos prejudiciales que han de reconocerse a la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013, que afirmó que la sociedad demandada es «una entidad de mera tenencia de bienes que no desarrolla actividad mercantil alguna». Estos hechos, declarados por el Tribunal Supremo en sentencia firme, evidenciaban que se había producido efectivamente el cese de la actividad de Herbania como sociedad mercantil, lo que la Audiencia Provincial debió tener en cuenta como antecedente lógico o como un «elemento de integración del supuesto litigioso» a la hora de apreciar si concurría la causa de disolución de esta sociedad prevista en el artículo 363.1.ª de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, LSC).

TERCERO.-Decisión del tribunal. El valor de las resoluciones firmes dictadas en otros órdenes jurisdiccionales.

1.-En la sentencia 532/2013, de 19 de septiembre, declaramos que, aunque esta sala consideró en un principio improcedente la alegación de cosa juzgada o de litispendencia respecto de litigios de otro orden jurisdiccional (sentencias de 16 de octubre de 1986 y 67/1998, de 6 de febrero, entre otras), más adelante, en sentencias como la 23/2012, de 26 de enero, ha matizado dicha doctrina, en línea con la jurisprudencia constitucional.

2.-Puede afirmarse que art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones.

Cuando tribunales de distintos órdenes jurisdiccionales conocen de los mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación en el plano jurídico pueden hacerse con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes. Pero no ocurre lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues unos mismos hechos no pueden existir, y dejar de existir para los órganos del Estado. Así lo

declaró el Tribunal Constitucional desde su sentencia 77/1983, de 3 de octubre.

3.-La posterior sentencia del Tribunal Constitucional 192/2009, de 28 de septiembre, precisa lo siguiente: «Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre, F. 3).

»Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, F. 4)».

4.-Como conclusión, los tribunales deben tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta, de modo que solo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia. Pero ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados

distintos si ello viene exigido por la aplicación de normativas diferentes.

5.-La sentencia de la Audiencia Provincial objeto de este recurso no infringe esta doctrina. Los hechos de los que parte la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para resolver el recurso de casación no difieren en lo fundamental de los tomados en consideración en la sentencia de la Audiencia Provincial (ya sea en lo que directamente declara, ya sea porque no modifica la base fáctica fijada en la primera instancia) para decidir el recurso de apelación.

Tales hechos consisten en que la sociedad Herbania enajenó el complejo turístico cuya explotación constituía hasta ese momento su actividad social y con el precio obtenido en esa venta entró a participar, junto con otros inversores, en el capital social de una sociedad, Ingestur S.A. (en lo sucesivo, Ingestur), con análogo objeto social y cuya actividad consistía en la explotación de un establecimiento hotelero de mayor envergadura, de la que pasó a tener un importante porcentaje del capital social, inicialmente cercana al 50%. Y que desde esa enajenación carece de personal y de elementos patrimoniales tangibles susceptibles de ser utilizados en una actividad productiva, y su cifra de negocio es cero.

6.-En el presente caso, la sentencia del tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene en este proceso civil un efecto prejudicial, en el sentido que pretenden los recurrentes, por la diversidad de objetos de uno y otro, tanto del petitum [petición] como de la causa de pedir, y por la diversidad de perspectivas del enjuiciamiento que ha de realizarse en uno y otro proceso.

7.-Lo que pretende el recurrente no es que la sentencia de la Audiencia Provincial parta de los mismos hechos sentados en la jurisdicción contencioso-administrativa sino que se extrapole una valoración jurídica que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo realiza sobre determinado aspecto (si el resultado de la venta de unas acciones de una sociedad hotelera puede considerarse como rendimiento de una actividad empresarial realizada desde un establecimiento permanente en Canarias) a los únicos efectos de decidir si son aplicables determinados beneficios fiscales, que responden a una determinada finalidad (dinamizar la actividad económica en el territorio canario) y exigen unos determinados requisitos, a la valoración jurídica que la jurisdicción civil ha de

realizar para decidir una cuestión completamente diferente, como es si puede considerarse que esa sustitución de la explotación directa de un establecimiento turístico por la simple titularidad de una parte alícuota del capital social de otra sociedad que explota un establecimiento turístico de mayor magnitud, constituye o no la causa legal de disolución de la sociedad prevista en el art. 363.1.a LSC, consistente en el «cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social».

8.-Por tanto, que pueda estimarse que Herbania ha cesado en la actividad que constituye su objeto social durante más de un año es una conclusión que no se apoya en las valoraciones jurídicas realizadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo a unos efectos distintos de los que son propios de este proceso civil.

9.-Por las razones expuestas, el motivo debe desestimarse.

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

1.-En el encabezamiento de este motivo, por el cauce del art. 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del art. 24 de la Constitución, por haberse realizado una valoración de la prueba manifiestamente arbitraria e ilógica.

2.-En el desarrollo del motivo se alega que la infracción se ha producido porque la Audiencia Provincial ha obviado que la venta del complejo turístico por parte de Herbania y la inversión del precio obtenido en la compra de acciones de Ingestur se produjo seis años y medio después de la constitución de esta sociedad, por lo que se trató de una simple inversión económica que no puede calificarse como desarrollo indirecto de la actividad que constituye el objeto social.

QUINTO.-Decisión del tribunal. Inadmisibilidad del motivo

1.-Como pone de manifiesto la parte demandada al oponerse al recurso, este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal incurre en causa de inadmisión.

2.-No se especifica en él cuál es el medio probatorio concreto en cuya valoración se ha producido el error patente.

El error en la valoración de la prueba debe ser «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia», y para ello el recurrente debe especificar qué prueba ha sido valorada de forma errónea o arbitraria y cómo se ha producido esa errónea valoración.

3.-Además de lo anterior, en el desarrollo del motivo se cuestionan valoraciones que no son de orden fáctico, sino jurídico sustantivo, derivadas de los hechos fijados en el proceso: si una «simple inversión económica» consistente en la compra de acciones de una sociedad dedicada a la actividad que constituye el objeto social de la compradora puede calificarse o no como desarrollo indirecto de la actividad que constituye el objeto social.

Estas cuestiones sustantivas son ajenas al recurso extraordinario por infracción procesal.

4.-La causa de inadmisión se convierte en este momento en causa de desestimación del motivo.

Recurso de casación

SEXTO.-Formulación del primer motivo del recurso de casación

1.-En el encabezamiento del motivo se denuncia la infracción del artículo 363.1.a de la Ley de Sociedades de Capital, en la redacción dada por la Ley 25/2011, de 2 de agosto.

2.-En el desarrollo del motivo se alega que no habrá propiamente actividad si no existe una efectiva ordenación, por cuenta propia, de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, sin que la simple titularidad de unas acciones o participaciones en otra sociedad pueda calificarse por sí sola como una actividad económica o empresarial, pues Herbania carece de los mínimos recursos personales o materiales para desarrollar una efectiva actividad económica o empresarial.

Según los recurrentes, solo cabría apreciar la existencia de un desarrollo indirecto de la actividad social si existiera realmente alguna actividad empresarial, que no puede limitarse a la mera titularidad de las acciones o participaciones de otra

actividad, lo que en este caso no habría ocurrido porque Herbania no se ha preocupado siquiera de gestionar directamente su participación en el capital social de Ingestur, pues los órganos sociales de Herbania no han adoptado ni una sola decisión con relación a su cartera de acciones en Ingestur, no han designado a los consejeros que habrían de representarla en los órganos de gobierno de esa sociedad, ni han impartido las directrices de su actuación en la junta general de Ingestur.

No existiría más que una titularidad fiduciaria de las acciones de Ingestur, no reveladora de una voluntad real de los socios de Herbania de permanecer unidos en sociedad sino que respondería a la mera conveniencia de mantener la forma jurídica societaria por razones puramente fiscales.

Por tal razón, solicitó que se fijara doctrina jurisprudencial en tal sentido.

SÉPTIMO.-Decisión del tribunal: la mera tenencia de acciones o participaciones de una sociedad con el mismo o análogo objeto social no constituye por sí sola el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social.

1.-La recurrente reconoce en su recurso que es posible que la actividad que constituye el objeto social pueda llevarse a cabo por la sociedad tanto de forma directa como indirecta. También reconoce que, en este último caso, no es necesaria una expresa previsión estatutaria.

El vigente Reglamento del Registro Mercantil derogó la exigencia que se contenía en el anterior reglamento de que «si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo, se indicara así expresamente».

Por tanto, a partir de la entrada en vigor del nuevo reglamento, lo que tuvo lugar el 1 de agosto de 1996, la actividad que constituye el objeto social puede ser desarrollada de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de idéntico o análogo objeto, sin necesidad de previsión expresa en los estatutos sociales.

2.-Lo que cuestionan los recurrentes es si esa tenencia de acciones o participaciones en una sociedad con objeto social idéntico o análogo, sin una actividad

dirigida a incidir en el desarrollo de la actividad que constituye el objeto social de la sociedad participada, constituye por sí misma el ejercicio indirecto de la actividad que constituye su objeto social, que de acuerdo con los estatutos era el siguiente: «[...] la adquisición, parcelación, urbanización de terrenos, y la promoción, construcción, explotación, arrendamiento, enajenación y tráfico de toda clase de edificios e inmuebles».

3.-Este tribunal considera correcta la afirmación de la recurrente de que el ejercicio indirecto de la actividad que constituye el objeto social mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de idéntico o análogo objeto, no puede limitarse a esa mera titularidad de acciones o participaciones sociales. Es necesario el desarrollo de una actuación que suponga un ejercicio efectivo, aunque sea de modo indirecto, de la actividad constitutiva del objeto social.

No puede considerarse que exista tal actividad cuando los órganos de la sociedad, que carece por completo de cualquier elemento personal o patrimonial y cuya cifra de negocio es cero, no han adoptado acuerdo alguno destinado a incidir en el desarrollo de la actividad que constituye el objeto social de la sociedad participada, idéntico o análogo al de la sociedad titular de las acciones o participaciones. Los órganos sociales de Herbania no han adoptado acuerdo alguno sobre qué postura debía adoptar esta sociedad en las juntas de la sociedad participada, Ingestur, ni tampoco, a la vista de la importancia del paquete accionarial, que ha sido cercano al 50%, han adoptado acuerdo alguno para designar las personas que deberían representar a Herbania en los órganos de administración de Ingestur.

4.-Como consecuencia de lo expuesto, lo que determina que efectivamente se haya producido el cese en el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social de Herbania no es el hecho de que esta sociedad haya dejado de ejercer directamente una actividad prevista en los estatutos al enajenar el establecimiento hotelero que explotaba, sino el hecho de que actualmente no ejerza actividad alguna, ni directa ni indirectamente, relacionada con su objeto social, pues la mera titularidad de acciones de Ingestur por parte de Herbania no comporta por sí sola el ejercicio indirecto de una actividad encuadrada en su objeto social, («la adquisición, parcelación, urbanización de terrenos, y la promoción, construcción, explotación, arrendamiento,

enajenación y tráfico de toda clase de edificios e inmueble»), por más que esta actividad esté incluida en el objeto social de la sociedad participada, Ingestur.

5.-La mera presentación de declaraciones del impuesto de sociedades, la formulación, aprobación y depósito de las cuentas anuales y la contratación de profesionales que defiendan a la sociedad en los litigios frente a la Hacienda Pública no constituyen por sí solos el ejercicio, ni directo ni indirecto, de la actividad que constituye el objeto social.

6.-La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se invocan en la sentencia de la Audiencia Provincial no son aplicables por cuanto que no se está discutiendo que la actividad prevista en los estatutos sociales como constitutiva del objeto social pueda ejercitarse de modo indirecto. La cuestión que en este recurso es relevante consiste en que ha de ejercitarse efectivamente esa actividad, y no constituye ejercicio propiamente dicho la mera titularidad de un paquete accionarial en una sociedad de idéntico o análogo objeto social, sin actuación alguna tendente a gestionarlo y rentabilizarlo mediante acciones que incidan en el desarrollo de la actividad de la sociedad participada, ni el mero cumplimiento de las obligaciones fiscales y formales de la sociedad.

7.- La estimación de este motivo hace innecesario entrar en el segundo, que por otra parte sería inadmisibile porque la supuesta infracción de la jurisprudencia de otra sala del Tribunal Supremo no permite el acceso a la casación civil».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2833/2015] DE 10 DE OCTUBRE DE 2018 [Ponente: Francisco Marín Castán]**

*Contrato de seguro: el deber del tomador de declarar el riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que le pregunte el asegurador. La falta de concreción del cuestionario debe operar en contra del asegurador, pues a este incumben las consecuencias de la presentación de una declaración o cuestionario de salud excesivamente ambiguo o genérico.*

«El presente litigio versa sobre la reclamación del tomador/asegurado contra su compañía de seguros tras habersele reconocido una invalidez permanente absoluta que se encontraba cubierta por el seguro concertado, reclamación desestimada en ambas

instancias con fundamento en el art. 10 LCS (dolo del asegurado).

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

1.-Se han declarado probados o no se discuten estos hechos:

1.1. Con fecha de emisión 14 de abril de 1999 y efecto desde las 0 h del día 10 del mismo mes y año, D. Pedro Miguel suscribió con Bansabadell Vida S.A. de Seguros y Reaseguros (en adelante BSV o la aseguradora), un producto denominado «Seguro de Protección Familiar-Seguro de Vida» (póliza n.º NUM000) que además del riesgo de fallecimiento cubría el de invalidez permanente absoluta, en este caso con una suma asegurada de 3.000.000 pesetas/ 18.030,36 euros (...).

1.2. En la solicitud de seguro, de fecha 9 de abril de 1999, se incluyó la siguiente «Declaración de salud» firmada por el asegurado/tomador (...): Como se puede comprobar, constaban respuestas negativas a las preguntas de (1) si ha padecido o padece alguna enfermedad o accidente que le haya obligado a interrumpir su actividad laboral durante más de 15 días o si está de baja por enfermedad o accidente; (2) si tiene alguna alteración física, psíquica o funcional, ha sido intervenido quirúrgicamente o ha recibido alguna transfusión antes de 1987, toma medicinas periódicamente o está sometido a tratamiento o control médico; (3) si tiene actualmente alguna sintomatología que aconseje consulta médica, estudio, hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica; y (4) si padece o ha padecido cualquier enfermedad del hígado, enfermedad infecto-contagiosa o enfermedad de transmisión sexual. A la pregunta de si fumaba (6) consta una respuesta afirmativa, «un paquete al día» y, a la de si consumía bebidas alcohólicas (otro apartado de la misma pregunta 6), una respuesta negativa.

1.3. La declaración fue cumplimentada materialmente (a bolígrafo) por un empleado de la entidad de crédito que actuó como agente de la aseguradora, pero con las contestaciones suministradas por el tomador/asegurado.

1.4. Según la documentación médica incorporada a las actuaciones el asegurado, cuando suscribió el seguro, llevaba varios años consumiendo de forma habitual diversas clases de estupefacientes (cocaína, heroína,

cannabis), además de alcohol y sustancias psicoactivas.

Así resulta: a) Del informe médico emitido con fecha 4 de marzo de 2009 a solicitud del ICAM de Barcelona por el Dr. Ricardo, especialista en psiquiatría (...), en el que, dentro del apartado «antecedentes patológicos personales», constaba: «A) Somáticos: Infarto del miocardio, hace nueve años. Diabetes. Angor pectoris. Operado de pólipos en las cuerdas bucales. Dislipemia.

»B) Psiquiátricos: El paciente padece depresión que atribuye al hecho de que no cobra desde el pasado mes de octubre de 2008. Reconoce que ha sido consumidor de drogas -cocaína, heroína y otras sustancias tóxicas- durante 26 años, aunque afirma que actualmente ha cumplido un año sin consumir dichos tóxicos. »[...]».

b) Del informe médico de alta emitido el 4 de agosto de 2009 por la Unidad de Hemodinámica del Hospital delVall d.Hebron de Barcelona, con ocasión de la práctica de un cateterismo cardiaco, en el que constaba: «Paciente de 56 años, con antecedentes de consumo de tóxicos y otros factores de riesgo cardiovascular mal controlados, y cardiopatía isquémica que debutó en 1999 como IAM en relación con consumo de cocaína [...]».

c) Del informe emitido el 10 de noviembre de 2009 por una especialista en psiquiatría (Dra. Amparo) a raíz de un cuadro depresivo (...) en el que constaba: «Paciente de 57 años de edad que visitó desde junio de este mismo año para tratamiento de un cuadro depresivo refractario al tratamiento farmacológico.

»Tiene antecedentes personales de policonsumo de tóxicos de 26 años de evolución (alcohol, cocaína, heroína esnifada, cannabis...) y probable dependencia de sustancias psicoactivas. Refiere ya no consumir nada desde noviembre del 2008 [...]».

1.5. Por resolución de la Dirección Provincial de Barcelona del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) de fecha 6 de agosto de 2010, dictada a propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades, el demandante fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, constandingo como cuadro clínico residual desencadenante de dicha incapacidad (...): «Trastorno depresivo y trastorno de adaptación con clínica que interfiere en el funcionalismo global del paciente a pesar del tratamiento médico; trastorno por consumo de tóxicos, actualmente en remisión total; hipoacusia

de transmisión O.D. con pérdida del 70% e hipoacusia neurosensorial O.I. con pérdida del 25%; episodios de dolor torácico en estudio; pérdidas de memoria pendiente de completar estudio».

1.6. Notificado el siniestro, con fecha 20 de agosto de 2010 la aseguradora requirió por vez primera al asegurado (...) para que aportara diversa documentación que entendía necesaria, entre ella la acreditativa de sus antecedentes médicos, en particular «informe del médico que haya asistido al asegurado, indicando la fecha de origen, evolución y naturaleza de la enfermedad o el accidente que causó la invalidez del asegurado» e «informe del proceso de altas y bajas de incapacidad laboral transitoria (fechas/duración y causas, solicitado en la Seguridad Social/INSS)».

El asegurado contestó a dicho requerimiento con fecha 9 de septiembre de 2010 enviando la resolución del INSS que le reconocía la invalidez, su DNI y los referidos informes médicos de los doctores Ricardo y Amparo, además de un informe clínico de 7 de junio de 2010, emitido por la Dra. Diana (...), en el que también se aludía a que el paciente tenía antecedentes por infarto agudo de miocardio y de dependencia por el consumo de múltiples drogas y otras sustancias tóxicas.

Al considerarlos insuficientes, con fecha 13 de septiembre de 2010 la aseguradora requirió nuevamente al asegurado para que aportara la siguiente documentación médica (...): «Informe médico donde consten sus antecedentes patológicos y la fecha de diagnóstico, así como la de sus hábitos tóxicos.

»Histórico de periodos de incapacidad temporal emitido por el INSS (las bajas laborales)

»Informe de su psiquiatra asistencial donde conste la fecha de la primera visita, la fecha de inicio de síntomas, evolución y tratamientos realizados.

»En caso de que hubiera estado ingresado: informe clínico del alta hospitalaria».

A dicho requerimiento contestó el asegurado el 25 de noviembre de 2010 remitiendo los mismos informes que ya había enviado con fecha 9 de septiembre de 2010 (...).

Con fecha 3 de diciembre de 2010 (...) la aseguradora envió un nuevo requerimiento, interesando del

asegurado la siguiente documentación adicional que consideraba necesaria y no remitida hasta esa fecha: «Informe médico donde consten sus antecedentes patológicos y la fecha de su diagnóstico.

»Histórico de periodos de incapacidad temporal emitido por el INSS (las bajas laborales).

»Informe de los ingresos hospitalarios (por infarto de miocardio)».

No consta que este requerimiento fuese atendido por el asegurado.

1.7. Ante la falta de acuerdo extrajudicial, el asegurado decidió preparar el presente juicio mediante solicitud de diligencias preliminares de exhibición documental, a fin de que por la aseguradora se exhibiera la póliza del seguro, incluyendo sus condiciones particulares, los recibos de pago de la prima y el cuestionario de salud suscrito por el asegurado.

Por auto de 30 de septiembre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Rubí (diligencias preliminares n.º 762/2011) se acordó su práctica, lo que, tras la incomparecencia de la demandada en el día y hora inicialmente señalados (9.30 h del 2 de diciembre de 2011), tuvo finalmente lugar el día 19 de enero de 2012. La aseguradora aportó la póliza y manifestó, en cuanto al cuestionario, que reconocía el aportado por la parte contraria y, en cuanto a los recibos de las primas, que estos no obraban en su poder sino que habían sido entregados al asegurado.

2.-Con fecha 30 de abril de 2012 el asegurado promovió el presente litigio contra su aseguradora solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase «la obligación de la demandada de abonar al actor la suma de 18.030,36 euros junto al interés previsto en el artículo 20 de la LCS y al pago de las costas».

En apoyo de estas pretensiones alegó, en lo que ahora interesa y en síntesis: (i) que con fecha 6 de agosto de 2010 se le había reconocido una invalidez permanente absoluta y que este riesgo estaba cubierto por el seguro de vida e invalidez suscrito con la demandada en abril de 1999 y en vigor cuando se produjo el siniestro; (ii) que la aseguradora no se había hecho cargo del siniestro, limitándose a requerir al asegurado la aportación de diversa documentación, entre esta la copia del cuestionario de salud suscrito por el demandante pese a que este documento

«nunca fue librado voluntariamente por la compañía»; (iii) que por este motivo se había visto en la obligación de demandarla, previa solicitud de diligencias preliminares consistentes en la exhibición de documentos en poder de la aseguradora (póliza, cuestionario de salud, recibos de las primas); (iv) que tras recibir el cuestionario de salud aportado por la aseguradora pudo comprobar que el mismo no fue cumplimentado por el asegurado sino por un empleado de la sucursal bancaria en la que se firmó el seguro que «no le efectuó ninguna de las preguntas que en el documento aparecen, sino que se limitó a preguntarle su edad, el peso y altura, si fumaba, si se había sometido a alguna operación recientemente o si mantenía algún tipo de tratamiento médico, y si a día de hoy se encontraba bien, rellenando esta persona el cuestionario y presentándolo a la firma»; (v) que por tanto no se le podía atribuir ninguna omisión u ocultación fraudulenta; y (vi) que incluso en la hipótesis de que se considerase que sí había ocultado datos de salud preexistentes, se trataría de una ocultación jurídicamente irrelevante dado que aquellos no tenían relación de causalidad con la invalidez finalmente reconocida.

3.-La aseguradora demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis: (i) que la póliza se suscribió a resultas de la solicitud de seguro cursada por el asegurado días antes, con la que se acompañó un cuestionario de salud (al dorso) en virtud del cual fue preguntado «de forma directa, clara, y sin que precisase de conocimiento técnico o médico alguno», a) sobre si padecía o había padecido alguna enfermedad que le hubiera obligado a interrumpir su actividad laboral durante más de quince días seguidos en los últimos dos años, b) sobre si se encontraba en esa fecha de baja laboral o accidente, si había recibido consejo médico para someterse a alguna intervención quirúrgica, examen médico, control o prueba próximamente, o si padecía alguna dolencia que tuviera que ser consultada con un médico, y c) sobre si padecía alguna alteración, en concreto psíquica, si tomaba medicamentos o si estaba sometido a control médico; (ii) que estas tres preguntas fueron respondidas negativamente, firmando en la antefirma del citado documento, donde aparecía resaltado en negrita un texto según el cual el asegurado decía conocer y aceptar que dicha declaración de salud era la base para que se pudiera valorar el riesgo; (iii) que la aseguradora tuvo conocimiento después de producirse el siniestro de que el asegurado había mentado y ocultado antecedentes personales por policonsumo de tóxicos de 26 años de evolución; (iv)

que en consecuencia la aseguradora no estaba obligada al pago de la indemnización, tanto en virtud del art. 10 LCS, por haber infringido el asegurado su deber de declarar el riesgo, como en virtud del art. 4 LCS, que determina la nulidad del seguro cuando el siniestro ya se ha producido; (v) que en todo caso el siniestro carecía de cobertura en virtud de la cláusula contenida en la propia póliza por la que se excluían las invalideces causadas por cualquier trastorno mental o psicológico; y (vi) que de estimarse la reclamación, no procedería condenar al pago de intereses de demora por haber sido necesario acudir a la vía judicial.

4.-La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda,

Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la controversia se ceñía a la existencia de dolo y a la exclusión de cobertura del siniestro, pues la cláusula de exclusión del riesgo, relativa a las invalideces causadas por cualquier siniestro mental o psicológico, no formaba parte del seguro litigioso; (ii) aunque no era controvertido que había sido un agente de la demandada quien rellenó «a bolígrafo» el cuestionario de salud que luego fue firmado por el asegurado, debía considerarse probado que aquel lo hizo conforme a las respuestas de este, puesto que constaban las relativas al peso y altura y a que fumaba un paquete al día; (iii) había quedado probada la ocultación dolosa de sus antecedentes de salud por parte del asegurado, porque de la documentación médica (especialmente de los informes de los doctores Ricardo y Amparo) resultaba que «había consumido durante 26 años todo tipo de drogas, entre ellas la cocaína, respecto de la que el perito afirmó que era muy destructiva», que había abandonado su consumo en noviembre de 2008 (lo que implicaba que llevaba 17 años consumiéndolas en el momento de la firma) y que también era consumidor de alcohol y dependiente de sustancias psicoactivas; (iv) a pesar de las alegaciones del asegurado de que no se le preguntó expresamente sobre si era consumidor de drogas, incurrió en una ocultación dolosa relevante a los efectos del art. 10 LCS porque sí se le preguntó, entre otras cuestiones, si tenía alguna alteración psíquica, si tomaba medicamentos periódicamente, si tenía en ese momento alguna sintomatología que requiriera tratamiento y, en fin, si consumía bebidas alcohólicas, a todo lo cual contestó de forma negativa, manifestando únicamente que fumaba un paquete de cigarrillos al día pese a que una persona politoxicómana de más de diecisiete años de evolución, que tomaba entre otras sustancias cocaína,

debía ser consciente de que «tenía el problema y que lo venía arrastrando durante muchísimo tiempo» y haber respondido afirmativamente a la pregunta de si tenía alguna sintomatología que requiriera tratamiento; y (v) fueron esas patologías previas del asegurado, ocultadas al contratar, las que tuvieron una «incidencia directa» en su invalidez, ya que, de acuerdo con el informe del Dr. Ricardo, lo normal en un consumidor habitual de drogas durante tantos años (particularmente la cocaína) es que acabe teniendo problemas de todo tipo, apreciándose la relación directa que existía entre «el trastorno adaptativo ansioso depresivo, reactivo o secundario a problemas laborales, así como de angustia con agorafobia», recogidos por dicho facultativo en su informe, y las patologías reseñadas al reconocérsele su invalidez.

5.-La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación del demandante, confirmó la sentencia apelada, imponiéndole las costas de su recurso.

Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) el cuestionario o declaración de salud incumbe o alcanza al asegurado de la misma forma que si su suscripción hubiera sido hecha de su puño y letra, al resultar de las respuestas consignadas que debió ser él mismo quien las facilitó; (ii) el demandante, al momento de celebrar el contrato de seguro, era «politoxicómano», tal y como se infiere del informe clínico del Dr. Amparo de 10 de noviembre de 2009, en el que se consigna que aquel tenía antecedentes personales de «policonsumo» de tóxicos de 26 años de evolución, con referencia al alcohol, cocaína, heroína y cannabis, añadiendo la probabilidad de que existiera una dependencia a varias sustancias psicoactivas, y del informe del Dr. Ricardo, basado en el reconocimiento de 4 de marzo de 2009, resultaba que normalmente una persona que ha consumido drogas durante tanto tiempo presenta problemas de todo tipo; (iii) sin embargo, preguntado el asegurado sobre si consumía alcohol contestó que no, siendo también negativa su respuesta a la pregunta de si presentaba alguna sintomatología que aconsejara consulta médica, estudio o tratamiento, «cuando su propia salud de politoxicómano, además de suponer sin duda una alteración psíquica e incluso física, extremo sobre el que fue preguntado respondiéndose que no, también conllevaría sintomatología que aconsejara consulta o tratamiento»; y (iv) se había probado la relación de causalidad con la invalidez, pues precisamente uno de los padecimientos aludidos en el cuadro residual del dictamen-propuesta determinante de su declaración

de invalidez fue un «trastorno por consumo de tóxicos, con alusión a pérdida de memoria pendiente de completar estudio».

6.-El demandante interpuso contra dicha sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional fundado en infracción de las normas y de la doctrina jurisprudencial sobre el deber del tomador de declarar el riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que le pregunte el asegurador.

7.-En su oposición a los recursos, además de razones de fondo la parte recurrida ha alegado causas de inadmisibilidad que deben examinarse con carácter preliminar, comenzando, como indica la recurrida, por las que afectan al recurso de casación por interés casacional, pues de conformidad con la regla 5.ª del apdo. 1. DF. 16.ª LEC, la inadmisión del recurso de casación determinaría la del recurso extraordinario por infracción procesal (en este sentido se pronunció en un caso semejante la sentencia 222/2017, de 5 de abril, a la que luego se hará referencia).

SEGUNDO.-Como causas de inadmisión del recurso de casación la parte recurrida opone la inexistencia de interés casacional.

Con cita del auto de esta sala de 8 de marzo de 2017, rec. 635/2015, argumenta, en síntesis, que la aplicación de la jurisprudencia de esta sala invocada en el recurso solo puede llevar a una modificación del fallo mediante una omisión total o parcial de los hechos probados y de la razón decisoria de la sentencia recurrida, al pretenderse únicamente que esta sala revise la valoración probatoria a fin de alcanzar otras conclusiones en cuanto a la cumplimentación del cuestionario de salud (esencialmente, que no se le formularon ninguna de las preguntas del mismo), contrarias a las alcanzadas en las instancias.

No se aprecian los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida.

Según criterio del auto del pleno de esta sala de 6 de noviembre de 2013, reiterado en sentencias posteriores (entre las más recientes, sentencias 727/2016, de 19 de diciembre, 667/2016, de 14 de noviembre, y 222/2017, de 5 de abril), puede ser suficiente para superar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión la correcta identificación del problema jurídico planteado y una

exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso.

En este caso el planteamiento del recurso no suscita duda alguna sobre su interés casacional, porque no es cierto que aborde únicamente -y al margen de los hechos probados- la discrepancia del recurrente con la intervención que le atribuyó la sentencia recurrida en la cumplimentación del cuestionario de salud (negando ahora que fuera sometido a las preguntas que formaban parte del mismo), ya que también impugna la interpretación y aplicación por la sentencia recurrida del art. 10 LCS y de la jurisprudencia que interpreta el deber del tomador de declarar el riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que le pregunte el asegurador, al entender el recurrente que el tribunal sentenciador ha obviado que es el asegurador quien ha de asumir las consecuencias de la presentación de una declaración o cuestionario de salud excesivamente ambiguos o genéricos, cuestión jurídica que se formula citando como infringidas las normas pertinentes de la LCS y la jurisprudencia de esta sala sobre la materia y respetando sustancialmente en este extremo los hechos que la sentencia impugnada declara probados.

En suma, los problemas jurídicos se encuentran suficientemente identificados, el interés casacional resulta evidente y todo ello ha permitido que la parte recurrida se haya podido oponer al recurso sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes y que esta sala pueda abordar las cuestiones jurídicas planteadas (sentencias 222/2018, de 17 de abril, de pleno, y 333/2018, de 1 de junio, entre las más recientes).

Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.-El recurso se articula en dos motivos.

El motivo primero se formula al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC y se funda en infracción de los artículos 217, 218.2 y 386.1 LEC, por indebida aplicación de la prueba de presunciones y por falta de lógica del razonamiento de la sentencia recurrida que descarta que al asegurado no se le formularan las preguntas del cuestionario.

En su desarrollo se argumenta, en síntesis: (i) que el tribunal sentenciador infiere que el cuestionario fue cumplimentado por un empleado con las respuestas del asegurado partiendo solo del hecho no controvertido de que este facilitó su peso y altura y reconoció que fumaba, cuando debió ser la aseguradora la que probara que sí se le hicieron las

preguntas; (ii) que esa inferencia constituye una presunción prohibida por el art. 386.1 LEC, pues siendo cierto que se le preguntó si fumaba, de este dato no podía extraerse la conclusión de que también se le preguntó sobre el resto, y además implica una vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba contenidas en el art. 217, apdos. 3 y 7, LEC, al hacer recaer en el demandante la prueba de un hecho negativo, como es el de que no se le hicieron dichas preguntas (al respecto se cita la sentencia de esta sala 774/2012, de 27 de diciembre).

El motivo segundo, formulado al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, se funda en infracción del artículo 24 de la Constitución por «arbitraria, ilógica y absurda» valoración de la prueba.

En su desarrollo se argumenta, en síntesis: (i) que el tribunal sentenciador consideró probado que cuando se suscribió el seguro el asegurado era «politoxicómano», pero los informes médicos (en particular el de 10 de noviembre de 2009) no permiten dar por probado que el asegurado tuviera en 1999 una situación de salud que precisara internamiento y que le impidiera desempeñar profesión alguna, es decir, no permiten acreditar que en el año 1999 el hoy recurrente fuese una persona enferma puesto que, además, venía desempeñando con normalidad su profesión de transportista; (ii) que las conclusiones de la sentencia recurrida sobre la «politoxicomanía» en el momento de contratar son arbitrarias, pues no existe prueba de que el consumo fuera constante -y no algo ocasional-, ni de que la enfermedad fuera diagnosticada, ni de que el asegurado fuese consciente de ella, ni de que recibiera tratamiento ni, en fin, de que incluso no estuviera ya deshabitado; (iii) que también es arbitrario deducir del hecho de que consumiera drogas el saber que padecía una sintomatología que aconsejara consulta médica o tratamiento, pues, por ejemplo, no todo fumador es consciente de que su hábito es una enfermedad ni de que padece una sintomatología que requiera consulta o tratamiento; y (iv) que según la jurisprudencia de esta sala, recopilada por la sentencia de la AP Barcelona, sec. 14.ª de 14 de abril de 2011, el dolo o la culpa grave por violación del deber de declaración del riesgo debe apreciarse con criterios objetivos, ante la existencia de una «sintomatología intensa en el momento de rellenar el cuestionario o por el tratamiento reciente de una dolencia».

Termina exponiendo tres conclusiones: 1.ª) que la sentencia recurrida vulnera las reglas de la carga de la

prueba al atribuir al demandante la prueba de un hecho negativo (que no se le hicieron las preguntas del cuestionario); 2.ª) que la sentencia recurrida da por buenas unas conclusiones probatorias (las de la sentencia de primera instancia) que no se ajustan a la lógica ni respetan el «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» que exige el art. 386.1 LEC; y 3.ª) que la sentencia recurrida vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al valorar la única prueba practicada (un informe médico elaborado 10 años después de firmarse la póliza) de forma arbitraria y deducir del mero hecho de que había consumido drogas que el asegurado era una persona enferma cuando contrató.

La parte recurrida se ha opuesto al recurso tanto por razones de inadmisibilidad como de fondo. En cuanto a las primeras alega falta de claridad y precisión en la exposición de las infracciones, por indebida acumulación de infracciones procesales «de distinta índole y alcance», lo que impide una respuesta homogénea a cada motivo, así como por mezclar cuestiones adjetivas o procesales con otras sustantivas. En cuanto al fondo alega que no concurren los requisitos necesarios para que esta sala pueda revisar la prueba mediante un recurso extraordinario por infracción procesal, porque los errores de valoración solo pueden plantearse por la vía del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, no por la del 2.º (en el que se apoya el motivo primero), porque además debe tratarse de un error fáctico, material o de hecho, patente, manifiesto, evidente o notorio, inmediatamente verificable de forma incontrovertida a partir de las actuaciones judiciales, y, en fin, porque no se pueden confundir los problemas de carga de la prueba con los errores en la valoración de las pruebas efectivamente practicadas.

CUARTO.-Los dos motivos del recurso deben ser desestimados por las siguientes razones:

1.ª) El motivo primero, porque su formulación es formalmente deficiente (art. 473.2. 1.º LEC en relación con art. 469.1 LEC), fundamentalmente por adolecer de una patente falta de claridad expositiva al acumular como fundamento del mismo infracciones procesales heterogéneas entre sí, ya que se citan los arts. 217 y 218.2 LEC, que son normas reguladoras de la sentencia, la primera sobre la carga de la prueba y la segunda sobre el deber de motivación, junto con el art. 386.1 LEC, sobre la prueba de presunciones, que deberían haberse denunciado en motivos independientes (en este sentido, entre las más

recientes, sentencias 205/2018, de 11 de abril, 273/2018, de 10 de mayo, y 426/2018, de 4 de julio).

2.ª) Además, el mismo motivo primero carece manifiestamente de fundamento (art. 473.2. 2.º LEC), pues a la citada falta de claridad expositiva se suma, por un lado, la confusión entre valoración probatoria y motivación de esa valoración, ya que el ordinal 2.º del art. 469.1 LEC -invocado por la parte recurrente- es el cauce adecuado para denunciar la falta de motivación de la valoración probatoria o una mera apariencia de motivación que la vicie de arbitrariedad, con fundamento en la infracción del art. 218.2 LEC (sentencias 589/2014, de 3 de noviembre, y 313/2014, de 18 de junio, con cita de otras anteriores), pero no para la revisión probatoria -que es lo que verdaderamente subyace en el motivo-, que solo cabe al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC; y por otro lado, que la pretensión de revisar la prueba ni tan siquiera respeta los requisitos exigibles, pues aparte de que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario, entre otros requisitos, que se trate de un error fáctico, -material o de hecho- (es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión) y que sea patente, manifiesto, evidente o notorio e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, el motivo también desconoce que no cabe invocar infracciones relativas a la prueba de presunciones cuando ni se ha propuesto su aplicación ni el tribunal ha fundado sus conclusiones de hecho en dicha prueba sino en las pruebas practicadas (en este sentido, sentencias 647/2014, de 26 de noviembre, 141/2016, de 9 de marzo, y 542/2017, de 4 de octubre, esta última dictada en un caso semejante), que es lo que ha acontecido en el presente caso porque las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida se fundan en una prueba directa como es la documental, con especial relevancia de la documentación médica.

3.ª) En cuanto al motivo segundo, también carece manifiestamente de fundamento. Partiendo de lo anteriormente expuesto acerca de que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional y de que la excepcional revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador se encuentra limitada a la existencia de error patente, arbitrariedad o infracción de norma tasada de prueba y exige que ese error, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a través de las actuaciones judiciales, necesariamente deba «referirse a la

valoración de un medio de prueba en concreto, lo que obliga a la parte recurrente a exponer cómo, dónde o cuándo se ha producido el error» (sentencia 161/2018, de 21 de marzo), es doctrina reiterada que no cabe plantear la revisión de la valoración probatoria con la mera cita como infringido del art. 24 de la Constitución sin mayor concreción, -es decir, sin identificar con precisión en qué consiste la supuesta indefensión material-, ni cabe acoger pretensiones dirigidas a revisar la valoración de la prueba en su conjunto para sustituir el criterio del tribunal sentenciador por el propio de la parte recurrente (sentencia 550/2017, de 11 de octubre, con cita de la de pleno 503/2017, de 15 de septiembre), y menos aún cuando lo que se presenta como una valoración arbitraria, ilógica o no racional de la prueba encierra tan solo la mera disconformidad de la parte recurrente con los razonamientos determinantes del fallo y cuando, por su desarrollo argumental, el motivo carece de autonomía o sustantividad propia respecto de las cuestiones de fondo que son objeto del recurso de casación, dado que su finalidad última no es otra que cuestionar el juicio de valor sobre la existencia o no de dolo o culpa grave, que es un juicio de naturaleza jurídica por más que deba sustentarse en los hechos probados (sentencia 542/2017, de 4 de octubre).

Esto último es lo que acontece en este caso: en primer lugar, porque la conclusión de que cuando el hoy recurrente firmó la póliza llevaba varios años de adicción por consumo habitual de estupefacientes, alcohol y sustancias psicoactivas, no se apoya únicamente en el informe de 10 de noviembre de 2009, sino en una valoración conjunta de la prueba médica incorporada a las actuaciones, apareciendo redactados los informes en unos términos lo suficientemente concluyentes a ese respecto como para que no quepa tachar de ilógica la inferencia de que la ingesta de drogas y de alcohol no era algo ocasional, pues ya en el informe de 4 de agosto de 2008 se aludió al consumo de cocaína como la causa determinante del IAM -infarto agudo de miocardio- que sufrió el hoy recurrente en 1999 y a esos mismos antecedentes de consumo de diversas drogas se aludió por el Dr. Ricardo en su informe de marzo de 2009; y en segundo lugar, porque el resto de consideraciones, particularmente las relativas a la improcedencia de deducir del dato del consumo de drogas, que el recurrente considera ocasional y no incapacitante en el plano laboral, el padecimiento en 1999 de una sintomatología que aconsejara consulta

médica o tratamiento, tienen relación directa con las cuestiones de fondo objeto del recurso de casación.

En suma, y como en el caso que analizó la citada sentencia 542/2017, de 4 de octubre, «bajo la apariencia formal de supuestos defectos procesales lo que materialmente se impugna es la conclusión del tribunal de apelación de apreciar la existencia de dolo, una apreciación estrictamente jurídica, en función de los hechos probados, de las normas sustantivas pertinentes (esencialmente, art. 10 LCS) y de la doctrina jurisprudencial que las interpreta, todo lo cual es propio del recurso de casación y excede del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal (así, sentencia 313/2014, de 18 de junio)».

4.ª) En definitiva, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado por incurrir sus motivos en las causas de inadmisión de incumplimiento de los requisitos del escrito de interposición (art. 473.2. 1.º en relación con art. 469.1, ambos de la LEC) y carencia manifiesta de fundamento (art. 473.2. 2.º LEC), que en sentencia deben apreciarse como causas de desestimación (entre las más recientes, sentencias 653/2017, de 29 de noviembre, y la citada 273/2018, de 10 de mayo, en un caso que también se refería a un seguro de vida y en el que también se suscitaba controversia en casación acerca de la interpretación del art. 10 LCS).

Recurso de casación.

QUINTO.-El recurso de casación se articula en tres motivos cuya relación entre sí justifica su examen y resolución conjunta.

El motivo primero se funda en infracción del art. 10 LCS y de la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala 374/2007, de 4 de abril, 276/2009, de 20 de abril, 1373/2008, de 4 de enero, 339/2001, de 6 de abril, y 1234/2003, de 31 de diciembre, en cuanto a que el cuestionario ha de ser cumplimentado por el asegurado.

En síntesis, se alega: (i) que han de recaer en el asegurador las consecuencias de que el asegurado no respondiera personalmente a las preguntas del cuestionario de salud; y (ii) que esto fue lo que sucedió, dado que solo se ha declarado probado que fue el empleado del banco quien lo rellenó -lo que ya de por sí supone ir en contra del espíritu del documento, por cuanto en el mismo se indicaba que debía ser rellenado por el asegurado-, pero no que lo

hiciera con las respuestas del asegurado a todas las preguntas.

El motivo segundo se funda en infracción de los arts. 3 y 10.3 LCS y de la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala de 2 de diciembre de 1997, 7 de febrero de 2001, 30 de enero de 2003 y 31 de mayo de 2004 acerca del deber de declaración del riesgo como un deber de respuesta a las preguntas del cuestionario, y de la contenida en las sentencias de 31 de diciembre de 2003, 31 de mayo de 2006, 4 de enero de 2008 y 20 de abril de 2009 sobre la obligación de que dichas preguntas estén redactadas con claridad y precisión para que permitan valorar el riesgo.

En síntesis, se alega: (i) que la jurisprudencia atribuye al asegurador las consecuencias que derivan tanto de la falta de cuestionario como de la presentación de cuestionarios incompletos o genéricos, vagos, imprecisos u oscuros, excluyendo en estos casos la existencia de dolo del asegurado; y (ii) que esto fue lo que ocurrió, pues el asegurado no fue preguntado sobre si tomaba drogas, sino únicamente sobre si tenía alguna alteración física, psíquica o funcional o alguna sintomatología que requiriera de consulta médica, estudio, hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica, por lo que no debió concluirse que mintiera o que ocultara el consumo de drogas cuando nada se le preguntó expresamente al respecto, ni debió concluirse que actuó dolosamente ocultando patologías previas directamente relacionadas con la invalidez, ya que no se ha probado que cuando firmó la póliza sufriera ninguna enfermedad o patología a causa del consumo de drogas que le provocara una sintomatología por la que tuviera que ser consciente de necesitar consulta o tratamiento médico (se dice a este respecto que el consumo de drogas no mermaba su capacidad, que no le obligó a estar de baja ni le impidió seguir trabajando, y que el término sintomatología era excesivamente vago y tenía además un matiz subjetivo). Para sostener que la solución a la controversia así planteada depende en cada caso de sus circunstancias concretas se citan y extractan algunas sentencias de Audiencias Provinciales con distintas soluciones.

El motivo tercero se funda en infracción de los arts. 10 y 89 LCS y 1269 CC, y de la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala 787/1996, de 30 de septiembre, 11 de junio de 2007 y 29 de abril de 2008.

En síntesis, se alega: (i) que puesto que el dolo debe apreciarse con criterio objetivos y no subjetivos, en

este caso no cabe apreciar dolo en el recurrente, pues su conducta «únicamente podría encuadrarse en el concepto de inexactitud o culposa»; (ii) que en este sentido no se ha tomado en cuenta que el seguro fue ofertado por un empleado de la entidad bancaria, que este fue quien cumplimentó el cuestionario y que las preguntas trasladaban al asegurado la evaluación sobre su propio estado de salud, obligándole a declarar si tomaba drogas y si presentaba una sintomatología que aconsejara consulta médica; (iii) que incluso aceptando como hipótesis que sí se le formularan las preguntas, del mero hecho de consumir drogas no podía deducirse que tuviera problemas de salud de los que tuviera que ser consciente, pues no hay prueba de que sufriera ninguna sintomatología derivada del consumo de drogas y, además, «el consumo de drogas es siempre percibido por el que las consume como una conducta pasajera, no un hábito a mantener a lo largo de los años, por lo que difícilmente tendría consciencia de que dicho consumo iba a conllevar problemas de salud hasta el extremo de ser declarado en situación de invalidez permanente absoluta»; (iv) que en estas circunstancias, lejos de apreciarse el dolo con base en «conjeturas o presunciones carentes de apoyo probatorio», deberían haberse tomado en consideración las circunstancias objetivas concurrentes, como la ausencia de informes médicos o padecimiento de enfermedad alguna con anterioridad a la suscripción de la póliza; y (v) que a lo sumo podría hablarse de culpa leve o inexactitud, pero no de dolo, lo que en aplicación del «plazo de indisputabilidad» del art. 89 LCS impediría que la aseguradora pudiera eludir su obligación de indemnizar.

La parte recurrida se ha opuesto al recurso alegando como razones de fondo, en síntesis, las siguientes: (i) que en el planteamiento de la controversia se prescinde de los hechos probados, pues estos no se compadecen con las alegaciones del recurrente acerca de que no se le presentó un verdadero cuestionario de salud, que tampoco se le formularon todas las preguntas contenidas en el mismo o que fue un empleado del banco el que lo rellenó sin que el asegurado hoy recurrente tuviera intervención alguna; y (ii) que partiendo de los hechos probados la sentencia recurrida se ajusta a la jurisprudencia de esta sala, de la que resulta a) que corresponde al asegurador presentar el cuestionario y al tomador contestarlo, b) que dicho cuestionario en ningún caso constituye una cláusula limitativa de derechos, c) que no se exige una forma especial de la que dependa su validez, d) que incumbe al tomador declarar todas las

circunstancias por él conocidas que puedan delimitar el riesgo, como su estado de salud, d) que la ley sanciona la omisión voluntaria de una enfermedad que se padece o se ha padecido, en cuanto que el conocimiento de la misma puede trascender a las condiciones del contrato o a su propia celebración, e) que la violación del deber de declaración del riesgo debe valorarse, en lo posible, con criterios objetivos, existiendo infracción de dicho deber cuando el riesgo declarado y tenido en cuenta al contratar sea distinto del realmente existente, y f) que el concepto de dolo que deriva del art. 1269 CC «no solo comprende la insidia directa e inductora, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente, adoptando una conducta negativa que causa maliciosamente el engaño del otro contratante haciéndole creer lo que no existe o bien ocultándole la verdadera realidad», que es a la que se refiere el inciso final del art. 10 LCS.

SEXTO.-El recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) Del núcleo de la argumentación del recurso se desprende que la controversia se centra en si la declaración de estado de salud que figura en la póliza suscrita por el demandante en 1999 constituye o no una declaración eficaz a la hora de poder concluir que hubo ocultación maliciosa de enfermedades anteriores conocidas y, por tanto, dolo (como apreció la sentencia recurrida) o, al menos, culpa grave del asegurado que libere al asegurador de su obligación de pago con arreglo al art. 10 LCS y la jurisprudencia que lo interpreta.

El recurrente impugna la razón decisoria de la sentencia recurrida mediante dos argumentos: en primer lugar (motivo primero), niega haber tenido intervención personal alguna en la cumplimentación de la declaración de salud, sosteniendo que todos los datos que aparecen en ella fueron rellenados por el empleado de la sucursal bancaria que intervino en la contratación del seguro como representante de la aseguradora; y con carácter subsidiario (motivos segundo y tercero), considera que no pueden recaer en él las consecuencias de un cuestionario genérico, incompleto e integrado por preguntas ambiguas o imprecisas, pues no se le preguntó si tomaba drogas ni existen evidencias de que tuviera enfermedad o síntomas de enfermedad alguna que en aquel momento el asegurado tuviera que vincular con ese consumo y que pudieran tener relación de causalidad con las que determinaron su invalidez.

2.ª) El primer argumento ha de ser desestimado por no respetar los hechos probados, que han de considerarse incólumes en casación tras haberse desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal.

No ignora el recurrente que la jurisprudencia (por ejemplo, sentencias 726/2016, de 12 de diciembre, con cita de la 72/2016, de 17 de febrero) ha matizado que «el tomador no puede justificar el incumplimiento de su deber por la mera circunstancia de que el cuestionario fuera rellenado por el personal de la aseguradora o de la entidad que actuara por cuenta de aquella, pues lo verdaderamente relevante es que, por la forma en que se rellenó, pueda concluirse que el tomador del seguro no fue preguntado por esa información relevante». En relación con esta cuestión son hechos probados que a la firma de la póliza precedió la cumplimentación de un cuestionario o declaración de salud que fue rellenado según las respuestas del asegurado (se recogieron datos personales que necesariamente tuvieron que ser facilitados por el asegurado como el peso, la altura o el consumo de tabaco), por lo que la alegación de que el cuestionario se cumplimentó por un empleado del banco limitándose la intervención del asegurado a estampar su firma hace supuesto de la cuestión e impide considerar infringida la doctrina que se invoca, la cual solo resultaría vulnerada si se dieran por ciertos unos hechos que no se han declarado probados. En este mismo sentido se pronunció la sentencia 674/2014, de 4 de diciembre, al descartar que se infringiera la doctrina entonces invocada en el motivo, contenida en la sentencia de 31 de mayo de 1997, porque esta venía referida a casos en los que «no conste que el tomador del seguro hubiera sido realmente preguntado y hubiera podido ser consciente de las preguntas del cuestionario».

3.ª) En cambio, conforme a la jurisprudencia de esta sala sí procede estimar el segundo de los argumentos.

La sentencia 726/2016, de 12 de diciembre, antes citada y mencionada también por las más recientes 222/2017, de 5 de abril, 542/2017, de 4 de octubre, 273/2018, de 10 de mayo, y 323/2018 de 30 de mayo, sintetiza la jurisprudencia sobre el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, de modo que este habrá de asumir las consecuencias que deriven de la presentación de un cuestionario incompleto.

Al ser constante la jurisprudencia que niega que el cuestionario a que se refiere el art. 10 LCS deba revestir una forma especial de la que dependa su eficacia (por ejemplo, sentencias 726/2016, de 12 de diciembre, 222/2017, de 5 de abril, y 323/2018 de 30 de mayo), lo verdaderamente relevante es el contenido material del cuestionario. De aquí que esa misma jurisprudencia, sintetizada en la última de las sentencias citadas (323/2018), imponga examinar si el tipo de preguntas que se formularon eran conducentes a que el asegurado «pudiera representarse a qué antecedentes de salud que él conociera o no pudiera desconocer se referían, es decir, si las preguntas que se le hicieron le permitieron ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo». En suma, y como también ha recordado la sentencia 323/2018, «la aplicación concreta de la jurisprudencia aplicable a la controversia ha llevado a esta sala a distintas soluciones, justificadas por las diferencias de contenido de la declaración-cuestionario».

4.ª) Así, se ha negado la existencia de ocultación en casos de cuestionarios (o declaraciones de salud) demasiado genéricos o ambiguos, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitieron al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro (entre las más recientes, sentencias 157/2016, de 16 de marzo, 222/2017, de 5 de abril, y la citada 323/2018).

La sentencia 157/2016 apreció una cláusula «estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado» en el momento de suscribir el seguro, en la que no se incluían preguntas significativas para la determinación del riesgo objeto de cobertura. En concreto, no se le pidió ninguna respuesta acerca de enfermedades relevantes como el cáncer que padecía.

En la misma línea, la sentencia 222/2017 consideró que el hecho de que la tomadora no manifestara los antecedentes de psicosis que padecía desde mucho antes no permitía concluir que estuviera ocultando datos de salud relevantes para la valoración del riesgo, «pues no se le preguntó específicamente sobre si padecía o había padecido enfermedad o patología afectante a su salud mental (solo se aludió a patologías de tipo cardiaco, respiratorio, oncológico, circulatorio, infeccioso, del aparato digestivo o endocrino -diabetes-) ni si padecía enfermedad de

carácter crónico, con tratamiento continuado, que ella pudiera vincular de forma razonable con esos antecedentes de enfermedad mental que condujeron finalmente a la incapacidad».

Más recientemente, la referida sentencia 323/2018, respecto de un asegurado psiquiatra, descartó la ocultación valorando que a la falta de preguntas sobre una patología concreta, de tipo mental, que pudiera asociar a sus padecimientos, se sumaba el empleo de un adjetivo («relevante») dotado de un matiz de subjetividad que no podía operar en perjuicio del asegurado, ni siquiera tratándose de un médico especialista en psiquiatría, pues sus conocimientos en la materia, aunque permitieran descartar que no fuera consciente de su enfermedad, no implicaban necesariamente que tuviera que valorar sus antecedentes psíquicos como significativos o relevantes, ya que no le habían impedido ejercer su profesión hasta la fecha del siniestro. Y concluyó: «En definitiva, la falta de concreción del cuestionario debe operar en contra del asegurador, pues a este incumben las consecuencias de la presentación de una declaración o cuestionario de salud excesivamente ambiguo o genérico, ya que el art. 10 LCS, en su párrafo primero, exonera al tomador-asegurado de su deber de declarar el riesgo tanto en los casos de falta de cuestionario cuanto en los casos, como el presente, en que el cuestionario sea tan genérico que la valoración del riesgo no vaya a depender de las circunstancias comprendida en él o por las que fue preguntado el asegurado».

5.ª) En sentido contrario, las sentencias 72/2016, de 17 de febrero, 726/2016, de 12 de diciembre, y 542/2017, de 4 de octubre, apreciaron la existencia de ocultación dolosa (las dos primeras) o, al menos, gravemente negligente (la última).

En el caso de la sentencia 726/2016, porque al asegurado «se le preguntó específicamente acerca de patologías concretas (cardíacas, circulatorias, oncológicas, infecciosas del aparato digestivo o endocrinas -diabetes-) que además hubieran precisado tratamiento médico», estando probado que el asegurado sabía desde antes de que hiciera esa declaración que sufría una patología cardíaca y respiratoria grave.

En el caso de la sentencia 72/2016 se apreció ocultación por parte del asegurado porque, aun cuando las preguntas fueron más genéricas, sin referencia a enfermedades concretas, sí se le preguntó si había tenido o seguía teniendo alguna limitación

física o psíquica o enfermedad crónica, si había padecido en los últimos cinco años alguna enfermedad o accidente que hubiera necesitado de tratamiento médico o de intervención quirúrgica y si se consideraba en ese momento en buen estado de salud, todo ello teniendo el asegurado «antecedentes de enfermedad psíquica (depresión) que venían mereciendo atención y tratamiento continuado desde al menos doce años antes de su adhesión», lo que permitió concluir que en esas circunstancias no estaba justificado que respondiera negativamente a la pregunta de si había tenido o tenía alguna limitación psíquica o enfermedad crónica ni, menos aún, que también negara haber padecido en los cinco años anteriores alguna enfermedad que precisara tratamiento médico.

Y en el caso de la sentencia 542/2017 se apreció culpa grave del asegurado porque, si bien no se le formularon preguntas concretas sobre una patología o enfermedad en particular, se consideró que sus reticencias no estaban justificadas según las circunstancias concurrentes, al haber quedado acreditado que «aunque no fuera plenamente consciente de la concreta enfermedad que padecía o de su gravedad, indudablemente sí que era conocedor de que padecía importantes problemas de salud de presumible evolución negativa por los que había precisado consulta médica y la realización de diversas pruebas, y, por tanto, de que esos problemas eran los que le habían llevado a estar bajo tratamiento médico con "Lioresal"». Este silencio acerca del tratamiento que seguía por una patología manifestada años antes y que empeoraba progresivamente se consideró subsumible en el concepto de culpa grave como negligencia inexcusable.

6.ª) El presente caso se corresponde con los del primer grupo de sentencias.

La sentencia recurrida aprecia ocultación dolosa porque, a pesar de que el asegurado no fuera expresamente preguntado por el consumo de drogas (en el cuestionario no se contenía ninguna pregunta al respecto), sí se le preguntó si consumía alcohol y, sobre todo, si tenía alguna sintomatología que aconsejara consulta médica, estudio o tratamiento, respondiendo en ambos casos que no, lo que para el tribunal sentenciador es determinante de esa ocultación al entender que «su propia salud de politoxicómano, además de suponer sin duda una alteración psíquica e incluso física, extremo sobre el que fue preguntado respondiéndose que no, también

conllevaría sintomatología que aconsejara consulta o tratamiento».

Respetando los hechos probados, esa valoración jurídica no se ajusta a la interpretación jurisprudencial del deber de declaración como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que han de recaer las consecuencias de un cuestionario incompleto, ambiguo o poco claro. La sentencia recurrida considera, el necesario sustento en datos objetivos, que quien ha venido consumiendo drogas de forma habitual durante muchos años antes de firmar una póliza como la litigiosa, necesariamente ha de sufrir enfermedades, sean de tipo físico o psíquico, con síntomas que hagan evidenciar la necesidad de consulta médica o tratamiento. Sin embargo, se trata de una conclusión que implica exonerar al asegurador de las consecuencias que debería soportar por la presentación de un cuestionario nada preciso sobre tal aspecto (el consumo de drogas y sus efectos en la salud), y a la vez reprochar al asegurado no haber declarado un riesgo respecto de algo (su adicción a las drogas) sobre lo que no se le preguntó y cuyos efectos en su salud tampoco tenía por qué conocer, dada la ausencia de patología o sintomatología derivada del dicho consumo. Es razonable entender que si la aseguradora veló por conocer los riesgos para la salud que podían derivarse del consumo habitual de «bebidas alcohólicas», formulando una pregunta al respecto (no siendo relevante la ocultación de este dato al no guardar relación el consumo de alcohol con las patologías que determinaron la invalidez), sea exigible la misma diligencia a la hora de preguntar por otros hábitos de consumo relacionados con drogas notoriamente más dañinas para la salud como la heroína o la cocaína, lo que sin embargo no hizo. Si a esto se une que, a diferencia de otros casos antes mencionados, en este no se ha probado que el asegurado sufriera con anterioridad a la suscripción de la póliza y cumplimentación de la declaración de salud ninguna patología física o psíquica vinculada al consumo de drogas y médicamente diagnosticada (se alude a un infarto de miocardio causado por el consumo de cocaína pero no hay prueba de que fuera anterior a la póliza, y las manifestaciones de los médicos tampoco fueron concluyentes, porque refirieron que el consumo habitual de drogas suele estar detrás de múltiples problemas de salud, pero no que alguno de ellos se hubiera manifestado antes de suscribirla), que además pudiera vincularse causalmente con las que finalmente determinaron su invalidez, ni tan siquiera síntomas de enfermedad

alguna que se manifestaran de forma evidente, por ejemplo impidiéndole trabajar, la conclusión no puede ser otra que descartar la existencia de ocultación dolosa o gravemente negligente.

En definitiva, ninguna compañía de seguros podía ignorar a finales de la década de 1990 el problema social del consumo de drogas ni, lo que es más importante a los efectos del art. 10 LCS, los efectos perjudiciales para la salud -a corto, medio o largo plazo- del consumo de sustancias como la heroína y la cocaína, de modo que la demandada-recorrida no puede descargar sobre el asegurado las consecuencias de su propia desatención en la redacción o contenido del cuestionario, pues de ser así se estarían ampliando los conceptos legales de «dolo o culpa grave» hasta comprender, en perjuicio del asegurado, la negligencia no grave o la simple falta de previsión sobre las consecuencias futuras de sus hábitos.

SÉPTIMO.-La estimación del recurso de casación determina que proceda casar la sentencia recurrida y en su lugar, en funciones de instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por el demandante, revocar la sentencia de primera instancia y estimar íntegramente la demanda, condenando a la entidad demandada a pagar al demandante la suma de 18.030,36 euros, incrementada con los intereses de demora del art. 20 LCS desde la fecha del siniestro (resolución de 6 de agosto de 2010) y hasta su completo pago (sentencia 70/2018, de 7 de febrero), calculados durante los dos primeros años siguientes al siniestro al tipo legal más un 50% y a partir de ese momento al tipo del 20% si aquel no resulta superior (sentencia de pleno 251/2007, de 1 de marzo, seguida, entre otras, por las sentencias 632/2011, de 20 de septiembre, 165/2012, de 12 de marzo, 736/2016, de 21 de diciembre, y 222/2017, de 5 de abril).

Aunque en la contestación se alegó que la necesidad de acudir a la vía judicial determinaba la improcedencia de imponer este recargo (es decir, la concurrencia de causa justificada del art. 20.8 LCS), debe reiterarse que, por su marcado carácter sancionador y finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización, la mora del asegurador no desaparece automáticamente por el hecho de que exista un proceso o deba acudir al mismo, sino únicamente cuando se hace necesario

acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar, esto es, cuando la resolución judicial es imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura (entre las más recientes, sentencias 143/2018, de 14 de marzo, 26/2018, de 18 de enero, y 73/2017, de 8 de febrero, que sintetiza la jurisprudencia sobre la materia y aclara que la jurisprudencia más reciente es aún más restrictiva y niega que la discusión judicial en torno a la cobertura pueda esgrimirse como causa justificada del incumplimiento de la aseguradora cuando la discusión es consecuencia de una oscuridad de las cláusulas imputable a la propia aseguradora con su confusa redacción), lo que no ha sido el caso, pues nunca se ha cuestionado la realidad del siniestro (declaración de invalidez), que inmediatamente fue puesto en conocimiento de la aseguradora, ni tampoco se han suscitado dudas razonables en torno a su cobertura, ya que la sentencia de primera instancia declaró que no existía en el contrato la exclusión de cobertura que venía oponiendo la aseguradora y este pronunciamiento no fue apelado».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3704/2015] DE 17 DE OCTUBRE DE 2018 [Ponente: M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucan]**

*Acción de nulidad del contrato de permuta financiera de intereses: caducidad de la acción. Al objeto de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, la doctrina de la sala considera que la consumación del contrato no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.*

«Tanto la sentencia del juzgado como la de la Audiencia Provincial han estimado la excepción de caducidad respecto de la acción de nulidad contractual ejercitada como principal.

El contrato impugnado es una permuta financiera de tipo de interés suscrita el 15 de marzo de 2007 en la que se fijó como fecha de inicio de la operación el 17 de marzo de 2008 y fecha de vencimiento el 15 de marzo de 2022. La sentencia recurrida considera que

el plazo de cuatro años que establece el art. 1301 CC debe computarse a partir del momento en el que el cliente declara haber salido del error acerca de lo que contrató, lo que habría tenido lugar al recibir la primera liquidación negativa por importe superior a cien mil euros en marzo de 2010. De acuerdo con este razonamiento, el plazo de cuatro años habría transcurrido ya cuando se interpuso la demanda el 12 de diciembre de 2014.

2.-La demandante recurre en casación alegando que la sentencia recurrida infringe el art. 1301 CC y la interpretación jurisprudencial sobre el plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad por error, que según razona debe computarse, de acuerdo con el tenor literal del precepto, a partir de la consumación del contrato, cuando se hayan cumplido las prestaciones de las partes.

3.-La demandada recurrida alega en su escrito de oposición que el recurso adolece de manifiesta ausencia de interés casacional.

SEGUNDO.-Doctrina de la sala. Estimación del recurso.

1.-En la sentencia de pleno 89/2018, de 19 de febrero, esta sala ha explicitado las razones por las que debe entenderse que en contratos como el litigioso la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato:

«i) En un caso en el que la sentencia de primera instancia consideró (y la Audiencia no corrigió) como día inicial del cómputo del plazo el de la perfección de un contrato de seguro de vida «unit linked multiestrategia» en el que el cliente había perdido toda la inversión realizada, la sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que la ahora recurrente apoya su recurso de casación: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que «en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo».

»Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo».

De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

»ii) A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

»En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

»En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada

periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada período de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia».

2.-En consecuencia, procede rechazar el óbice de admisibilidad planteado por la demandada recurrida porque sí existe interés casacional, dado que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina de la sala, a la que debe estarse para resolver el recurso.

En el presente caso, en el contrato impugnado se fijaba como fecha de vencimiento el 15 de marzo de 2022 y, puesto que la demanda se interpuso el 12 de diciembre de 2014, no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato y la acción de impugnación se ejercitó dentro del plazo legalmente previsto. Conviene recordar, por lo demás, que la acción de nulidad no nace con el agotamiento del contrato y es posible su ejercicio durante la vigencia del mismo: la acción de impugnación puede ejercitarse antes de que tenga lugar el dies a quo del plazo de impugnación y hasta que transcurra el plazo de cuatro años desde su consumación.

3.-La consideración de que no ha transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 CC conlleva que estimemos el recurso y, en consecuencia, que casemos la sentencia recurrida.

Ahora bien, de acuerdo con el criterio de la sala, la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia impugnada no determina en este caso que la sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda (sentencia 899/2011, de 30 de noviembre, seguida por otras, como las sentencias 721/2014, de 17 de diciembre, 97/2015, de 24 de febrero; 623/2016, de 20 de octubre). Al apreciar la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación valoraron la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, tampoco la han enjuiciado en derecho. Falta, por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas

a debate, y no habiendo sido estas enjuiciadas, en puridad, por ninguna instancia, el pronunciamiento de esta Sala deba limitarse, como autoriza el art. 487.2 LEC, a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, solución ya adoptada por la STS del Pleno de los magistrados de esta sala de 29 de abril de 2009 (RC n.º 325/06) y en STS de 7 de octubre de 2009 (RC. n.º 1207/2005) en sendos casos de apreciación de caducidad y de prescripción de la acción por el tribunal de segunda instancia. En todo caso, tanto la apelación como el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente».

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

### SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA [Recurso 41/2018] DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2018 [Ponente: María Dolores Portella Lluch]

*Derecho cambiario y Derecho concursal: suspensión del procedimiento cambiario por prejudicialidad penal y por la presentación de solicitud de concurso necesario. Por un lado, la finalidad de la suspensión por prejudicialidad penal es evitar que prosiga una ejecución cambiaria cuando existen indicios suficientes, en base a un proceso penal en trámite, para pensar que pueden ser falsos los títulos en que esta ejecución se basa, evitando que con la prosecución de la ejecución se cause al ejecutado un perjuicio irreparable; situación que no se produce cuando la parte que ha provocado la frustración del negocio es la deudora cambiaria y las consecuencias penales no afectan a la validez de los títulos y a su ejecutividad. En este sentido, tampoco procede la oposición cambiaria ya que no se trata de un supuesto de falta de provisión de fondos, sino de una actuación fraudulenta de la deudora que no puede perjudicar el derecho a la ejecución de los pagarés del acreedor.- La Ley Concursal prohíbe que se inicien ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, una vez haya sido declarado el concurso, pero no antes, sin perjuicio del tratamiento que el juez del concurso pudiera finalmente decidir respecto a las ejecuciones en trámite antes de la mencionada declaración concursal.*

«La representación procesal de Aguilar Sánchez Gestiones SL instó demanda de juicio cambiario contra la mercantil Publiolimpia SLU en la que expuso que como consecuencia de las relaciones comerciales mantenidas entre las partes litigantes, la demandada adeudaba un total de 448.600 euros, para cuyo pago la demandada suscribió en fecha 20 de octubre de 2017 dos pagarés a favor de la entidad demandante por las cantidades de 400.000 euros y 48.600 euros respectivamente, con vencimiento ambos en fecha 25 de junio de 2017, que fueron aportados como documentos 2 y 3 de la demanda, pero que presentados al cobro no fueron abonados.

La demandante reclamó la suma de 448.600 euros mas el interés devengado vencido a fecha de la demanda en la suma de 1.351,95 euros, incrementado también con los intereses futuros y costas del procedimiento, lo que sin perjuicio de ulterior liquidación estableció en 149.533 euros.

II.- Acordado por el juzgado el requerimiento de pago y embargo preventivo de bienes, el deudor cambiario presentó escrito de oposición en el que ante todo y con carácter previo, puso de manifiesto la existencia de prejudicialidad penal, solicitando la suspensión del procedimiento cambiario.

Refiere la indicada parte opositora que el juzgado de instrucción número 31 de Barcelona estaba tramitando un procedimiento "en el que se debate si esta cuestión, incluida la que es razón de la demanda, constituye los delitos de estafa y falsedad documental que, entre otros, se atribuyen a mi mandante", a cuyo efecto y para acreditar tal manifestación acompañó los documentos números 1 al 10, argumentando que los pagarés se libraron en soporte de un documento apócrifo, habiendo reconocido el legal representante de esta parte ante los agentes de policía y el juzgado de instrucción, que la operación de base no existió por lo que el pagaré carecía de validez, con cita al efecto de la causa de oposición 1ª del artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

La parte demandada expuso asimismo en su escrito de oposición que el día 6 de septiembre de 2017 le había sido notificada la solicitud de concurso necesario de la misma a instancias de la entidad Cana Cuatro Inversiones y Gestión SL, acompañando resoluciones dictadas por el juzgado mercantil número 4 de Barcelona (...).

III.- El juzgado de instancia dictó sentencia en la que desestimó la oposición formulada por la entidad

demandada acordando que el juicio cambiario continuara por sus trámites a fin de hacer cumplido pago la demandada de la cantidad de 448.600 euros en concepto de principal, más intereses moratorios vencidos por importe de 1.351,95 euros, más intereses, gastos y costas del procedimiento.

IV.- Frente a la indicada resolución ha planteado recurso la representación de la parte demandada que fundamentó en los extremos que en síntesis indicamos: Existencia de prejudicialidad penal determinante de la suspensión del juicio cambiario porque si bien la actora no es parte en el procedimiento penal la operativa formalizada con ella es la misma que la que se investiga en el indicado procedimiento, esto es, que Publiolimpia SLU libró pagarés que obedecían a operaciones comerciales ficticias, soportadas sobre la adquisición de espacios publicitarios en los medios de comunicación, que no obedecían a realidad alguna.

Esta parte no puede facilitar documentación acreditativa de los hechos porque le fue incautada por los mossos d'esquadra.

El título que es causa de pedir del actor, es falso, por proceder de un negocio jurídico que no existe, por razón del fraude ejecutado, con independencia de si el mismo tiene o no relevancia penal, que es lo que está investigando el juzgado de instrucción número 31 de Barcelona.

La presente causa debió asimismo suspenderse por la existencia de dos procedimientos concursales. Existe en todo caso la causa de oposición prevista en el artículo 67-1ª Ley Cambiaria y del Cheque.

SEGUNDO.- Prejudicialidad penal. Análisis de las circunstancias concurrentes en el caso de autos.

I.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la existencia de una cuestión prejudicial penal, de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca.

La vigente ley procesal regula las exigencias para admitir la suspensión de una causa por prejudicialidad penal. De una parte, la disposición contenida en el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil destinada

a los procedimientos declarativos y que trata de evitar la existencia de sentencias contradictorias, y de otra, el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de aplicación a los juicios de carácter ejecutivo cuya razón de ser se encuentra en la posible ilicitud del título ejecutivo o del propio despacho de ejecución.

A tenor del indicado artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "La presentación de denuncia o la interposición de querrela en que se expongan hechos de apariencia delictiva relacionados con el título ejecutivo o con el despacho de la ejecución no determinarán, por sí solas, que se decrete la suspensión de ésta. Sin embargo, si se encontrase pendiente causa criminal en que se investiguen hechos de apariencia delictiva que, de ser ciertos, determinarían la falsedad o nulidad del título o la invalidez o ilicitud del despacho de ejecución, el Tribunal que la autorizó, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, acordará la suspensión de la ejecución".

II.- La prejudicialidad penal ha de aplicarse con carácter restrictivo.

Así lo explicita la Exposición de Motivos de la de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 al señalar en relación al artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "Por lo que respecta a la prejudicialidad penal, se sienta la regla general de la no suspensión del proceso civil, salvo que exista causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que cabalmente fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso civil y ocurra, además, que la sentencia que en éste haya de dictarse pueda verse decisivamente influida por la que recaiga en el proceso penal", y añade: "Hace falta algo más que una querrela admitida o una denuncia no archivada para que la prejudicialidad penal incida en el proceso civil. Mas, si concurren todos los elementos referidos, dicho proceso no se suspende hasta que solo se encuentre pendiente de sentencia. Únicamente determina una suspensión inmediata el caso especial de la falsedad penal de un documento aportado al proceso civil, siempre que tal documento pueda ser determinante del sentido del fallo".

Interpretación restrictiva que se incrementa en el ámbito del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el proceso ejecutivo, en que para decretar la suspensión es imprescindible que concurren las siguientes exigencias:

Que el Juez de Instrucción haya efectuado una valoración de la verosimilitud del hecho.

Que el hecho delictivo de que se trate conlleve la falsedad o nulidad del título ejecutivo o la invalidez o ilicitud del despacho de ejecución.

III.- Consta acreditado que varias personas que se manifiestan perjudicadas por la actuación de la aquí demandada Publiolimpia, presentaron querrela por delito de alzamiento de bienes, insolvencia punible, administración desleal y apropiación indebida, que fue admitida a trámite por el juzgado de instrucción, en el curso de cuya instrucción, el administrador de la entidad Sr. Carmelo prestó declaración en la que admitió responsabilidad ante el negocio urdido por su parte, consistente en adquirir espacios publicitarios de televisión para venderlos con posterioridad a los anunciantes, en el que el beneficio era la diferencia entre el precio de venta y el de compra, y que si bien al principio la operativa guardaba relación con la realidad, el resultado negativo de alguna de esas inversiones, le habría llevado equivocadamente, y para tratar de paliar el déficit generado por ello, a seguir ofreciendo este tipo de negocio, pero ya sin tener correspondencia con la realidad.

El juzgado de instrucción número 31 de Barcelona dictó auto en fecha 4 de julio de 2017 del que destacamos lo siguiente: "el origen de esta deuda podría formar parte de una gran estafa piramidal que se habría iniciado en 2007 cuando el Sr. Carmelo ante la necesidad de obtener financiación para su negocio de gestión de medios y organización de eventos, buscó terceros inversores a quienes hizo creer en una alta rentabilidad mediante la venta de espacios publicitarios, cuando lo cierto es que esas operaciones comerciales eran ficticias. Con los ingresos que iba obteniendo de los nuevos inversores atendía los intereses pactados con los anteriores que con el tiempo llegaron a ser inasumibles, dando lugar todo ello a una espiral sin fin. La investigación de todo este entramado lleva a pensar en la existencia de cientos de perjudicados". El juzgado amplió la investigación a los delitos de falsedad documental, blanqueo de capitales y contra la Hacienda pública.

IV.- Se ha acreditado en los autos que el juzgado de primera instancia número 53 (juicio cambio número 653/2017) seguidos contra Publiolimpia SL acordó la suspensión por causa de prejudicialidad penal, e igual decisión adoptó el juzgado número 25 en el juicio cambiario número 489/2017 dirigido igualmente contra la referida demandada.

No obstante, en ambos casos, la parte allí demandante figuraba como perjudicada en el procedimiento, en tanto que en el supuesto de autos la entidad actora no ha comparecido ni se ha mostrado perjudicada en las mencionadas actuaciones penales.

V.- Por consiguiente, no se cumplen las exigencias del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Civil citado porque la investigación penal no afecta a la validez del título, que fue emitido por el demandado respondiendo a un negocio jurídico cierto para la otra parte contratante, no siendo admisible que la supuesta mendacidad de la entidad demandada al inducir a la actora a una inversión que solo aquella sabía que estaba destinada al fracaso, pueda provocar la ineficacia o invalidez del título, ni es razonable ni puede ser judicialmente tutelada la pretensión de suspensión por prejudicialidad penal alegada por quien resulta presuntamente responsable de que el negocio jurídico concertado y por el que se comprometió al pago de los dos pagarés emitidos, hubiera podido resultar fraudulento a causa de una actuación imputable únicamente a la parte demandada.

La finalidad de la suspensión por prejudicialidad penal no es otra que evitar que prosiga una ejecución cambiaria cuando existen indicios suficientes, en base a un proceso penal en trámite, para pensar que pueden ser falsos los títulos en que esta ejecución se basa, evitando que con la prosecución de la ejecución se cause al ejecutado un perjuicio irreparable, situación ajena al caso de autos en que la parte que supuestamente ha provocado la frustración del negocio es la propia demandada y las consecuencias penales que de ello puedan derivarse no afectan a la validez de los títulos y a su ejecutividad.

TERCERO.- Análisis de la causa de oposición basada en el artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

Reiterando lo expuesto al estudiar la prejudicialidad penal y relacionado con ello, tampoco puede admitirse que concurra en el caso de autos la causa primera del artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque que se refiere a la inexistencia o falta de validez de la declaración cambiaria (o de la contenida en un pagaré), incluida la falsedad de la firma, porque conforme a lo explicado, no estamos ante un supuesto de falta de provisión de fondos en el que el negocio cambiario no responda a un negocio real y efectivo, es decir, no se trata de un supuesto de falta de provisión de fondos, sino que siguiendo el propio relato de la parte demandada, estaríamos ante una actuación

fraudulenta concebida y ejecutada por la referida parte demandada de la que es ajena la entidad actora cuyo derecho a la ejecución de los pagarés debe ser mantenido.

CUARTO.- Solicitud de suspensión del procedimiento cambiario por concurso necesario de acreedores.

I.- La entidad demandada ha acreditado que la mercantil Cana Cuatro presentó demanda de concurso necesario frente a la demandada Publiolimpia SL de la que conoció el juzgado mercantil número 4 de Barcelona (autos 460/17) que convocó vista para el día 20 de diciembre de 2017, y que con posterioridad se ha presentado otra demanda en igual sentido.

Refiere la demandada-apelante que como quiera que la admisión a trámite de la demanda de concurso tuvo lugar el día 21 de julio de 2017 en tanto que la demanda del presente juicio cambiario es de 7 de septiembre de 2017, debe prevalecer la competencia exclusiva del juez del concurso.

II.- La pretensión de suspensión por esta causa tampoco puede prosperar porque el momento a considerar es la fecha de declaración de concurso y no la de presentación de la demanda de concurso necesario, y la documentación aportada ni siquiera permite tener constancia de que tal declaración de concurso haya tenido lugar.

Así resulta de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Concursal que prohíbe se inicien ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales una vez haya sido declarado el concurso, pero no antes, sin perjuicio del tratamiento que el juez del concurso pudiera finalmente decidir respecto a las ejecuciones en trámite antes de la mencionada declaración concursal.

QUINTO.- Conclusión.

Las consideraciones expuestas determinan la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución de instancia cuyos acertados argumentos compartimos y damos por reproducidos en lo que fuera menester».