

## Jurisprudencia

### Reseña jurisprudencial e-Dictum 85

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 3291/2015] DE 15 DE ENERO DE 2019 [Ponente: M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán]

*Contrato de gestión hotelera: aplicación de la regla «rebus sic stantibus». El riesgo de disminución de los rendimientos de la explotación como consecuencia de la situación económica y las variaciones del mercado es propio de la actividad empresarial de la arrendataria, que se dedica a la gestión hotelera, y no puede desplazarse al constructor propietario y arrendador. De hecho, la fijación de una renta mínima garantizada junto a una renta variable según ingresos demuestra, precisamente, que el riesgo de la disminución de ingresos queda a cargo de la arrendataria. No puede hablarse de circunstancias sobrevenidas radicalmente imprevisibles cuando el contrato prevé mecanismos para amortiguar el riesgo del arrendatario de que, si el negocio no le resultaba económicamente rentable en las condiciones pactadas, pudiera poner fin al contrato.*

«La cuestión jurídica que se plantea a través del recurso de casación versa sobre la aplicación de la regla "rebus sic stantibus", que ha sido rechazada en las dos instancias.

Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes.

1.-El 16 de abril de 1999 NH Hoteles SA (sociedad holding de un grupo de empresas que explota y gestiona negocios de hostelería y restauración bajo la marca NH) celebró con Jardín de Medina Hoteles SA (una sociedad dedicada a la promoción y construcción inmobiliaria, en adelante, Jardín) un contrato por el que Jardín se comprometía a construir (en algo más de 2 años) en un solar de su propiedad un edificio que arrendaría a NH durante 18 años para su explotación como hotel (...).

La estipulación cuarta del contrato regulaba un sistema complejo de renta: (i) una renta fija anual, compuesta por dos componentes: 4.507,59 euros, por

cada una de las primeras 130 habitaciones, más otro importe resultante de multiplicar el número de habitaciones que excedieran de 130 por las cantidades expresamente previstas en la propia estipulación (en progresión según transcurrieran los años desde la toma de posesión del inmueble por el arrendatario); más (ii) una renta variable, consistente en un porcentaje del 5% sobre las ventas netas que obtuviera el hotel.

Por su parte, la estipulación quinta preveía lo siguiente: "El contrato tendrá una duración de dieciocho años, obligatorio para ambas partes, contados a partir de la fecha en que la arrendataria tome posesión del inmueble arrendado con arreglo a lo dispuesto en la estipulación precedente. No obstante, antes de finalizar el año décimo primero la arrendataria podrá notificar a la propiedad que pretende dar por finalizado el arrendamiento al concluir el año décimo segundo, en cuyo caso, indemnizará a la propiedad con la renta de tres años". El 1 de diciembre de 2002, finalizada la construcción del hotel, Jardín y NH suscribieron un "acuerdo de modificación parcial al contrato de arrendamiento" (...), con el fin de adaptar su contenido a los acontecimientos producidos con posterioridad a la formalización de aquél. Por virtud del referido acuerdo de modificación, se realizaron ciertas variaciones en la descripción técnica del hotel con respecto al proyecto inicial, se procedió a la entrega de la posesión del inmueble y se modificó el importe de la renta, así como el plazo de duración del contrato de arrendamiento.

En el expositivo quinto se hizo constar la finalidad del acuerdo de modificación parcial de ajustar el contrato de arrendamiento a la nueva realidad física del inmueble y de preservar el equilibrio contractual entre las partes, estableciéndose expresamente lo siguiente: "Habiéndose concretado satisfactoriamente las expectativas existentes el 16 de abril de 1999, para ajustar lo pactado a la realidad del inmueble para hotel existente en la actualidad y para mantener el equilibrio entre las partes, se hace preciso modificar

parcialmente el contrato de 16 de abril de 1999, a cuyo efecto las partes intervinientes acuerdan...".

Por lo que se refiere a la duración del contrato de arrendamiento, las partes establecieron (dispositivo quinto) que el plazo del arrendamiento comenzaría en el día de suscripción del acuerdo de modificación (1 de diciembre de 2003) y concluiría el 31 de diciembre de 2020. No obstante, antes del 31 de diciembre de 2013, la arrendataria podía notificar fehacientemente a la propiedad que pretendía dar por finalizado el arrendamiento al concluir el año 2014, en cuyo caso debía indemnizar a la propiedad con la renta de tres años, en una cuantía igual a la de los tres años anteriores a la fecha efectiva de la finalización anticipada del contrato.

En cuanto a la renta, en el dispositivo sexto del acuerdo de modificación parcial se estableció: (i) una renta anual, consistente en un porcentaje del 32% sobre los ingresos netos totales anuales obtenidos de la explotación del mismo, excepto por el concepto de restauración, donde el porcentaje sería del 15% sobre los ingresos netos totales, excluido el garaje; y (ii) una renta mínima garantizada, por importe de 841.416,95 euros anuales, equivalente a 70.118,08 euros mensuales, revisable al 1 de diciembre de cada año conforme al índice de precios al consumo.

El acuerdo de modificación parcial de 1 de diciembre de 2002, finalmente, dejaba plenamente vigente el contrato de arrendamiento de 16 de abril de 1999, en todo aquello que no hubiese sido objeto de modificación expresa (dispositivo decimoquinto).

2.-El 18 de julio de 2011 NH remitió un burofax a Jardines por el que le comunicó formalmente que iba a aplicar una reducción temporal del importe de las rentas. Argumentó que, como consecuencia de la crisis económica, al cierre del ejercicio 2010, las ventas del hotel habían descendido en un 33% en comparación con la cifra de ventas de 2008. Aportó un informe mediante el que justificaba que la bajada que pretendía se ajustaba a precios de mercado (759.000 euros más iva al año), lo que según la propia demandante suponía un descenso del 39,73% del importe total de la renta con respecto al abonado en los doce últimos meses precedentes.

A pesar de la negativa de Jardín a aceptar la bajada de la renta, NH procedió a aplicarla en sus pagos, lo que provocó que Jardines reclamara judicialmente los importes pendientes de pago de octubre de 2011 a abril de 2012, mediante demanda de juicio verbal presentada el 27 de abril de 2012. Admitida a trámite por decreto de 11 de mayo de 2012, el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Almería señaló la vista para el 6 de noviembre de 2012.

3.-El 5 de septiembre de 2012 NH presentó demanda de juicio ordinario contra Jardín en la que solicitó, en lo sustancial, la resolución del contrato de arrendamiento y, subsidiariamente, la reducción de la renta.

En primer lugar, explicó que había intentado cumplir el contrato, pero la crisis económica mundial lo había hecho inviable. Argumentó que procedía su resolución por desaparición de la base del negocio. Razonó que la causa del contrato para las dos partes era la explotación del hotel, puesto que en el contrato ese era exclusivamente el destino previsto y parte de la renta dependía de los ingresos netos totales que tuviera el hotel. Añadió que su explotación resultaba antieconómica y, al carecer de causa, procedía su resolución por imposibilidad de continuar su explotación.

Subsidiariamente, la demandante invocó la cláusula "rebus", argumentando que como consecuencia de la crisis económica se había producido una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración y que existía una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes. Razonó que la demandada había actuado de forma contraria a la buena fe porque desde 2009 había sido renuente a los requerimientos de NH para revisar la renta y salvaguardar la pervivencia del contrato. Solicitó, de manera coincidente con las comunicaciones que previamente había remitido a Jardín, una reducción de renta a precios de mercado y su fijación en un importe de 759.000 euros anuales, más iva, en concepto de renta fija única por todos los conceptos, no sujeta a actualización y durante un periodo máximo de dos años (hasta el 1 de junio de 2013) o, subsidiariamente, la renta que determinara un perito designado judicialmente.

En su contestación, Jardín no negó el descenso de ingresos del hotel, pero opuso: que ella, por su parte, había asumido la construcción del hotel, para lo que concertó un préstamo por más de siete millones de euros, que debía devolver y que también asumía los gastos propios de su condición de propietario del hotel (más de 700.000 euros anuales: impuestos, seguros, gastos de una empleada, de acuerdo con lo previsto en el contrato); que la modificación de la renta pactada en 2002 fue consecuencia de que, por iniciativa de NH, se realizaron mejoras y modificaciones en la construcción del hotel y se destinaron diez habitaciones a más salones para eventos, lo que explicaba que se modificara al alza el sistema de cálculo de la renta inicialmente pactado y

que se estableciera un mínimo garantizado en todo caso; que el contrato preveía la posibilidad de salida a favor de NH, de modo que lo que pretende NH es evitar la indemnización pactada equivalente a la renta de los tres últimos años; que la crisis era imputable a la demandante por gestión incorrecta del hotel y, finalmente, que las pérdidas del hotel había que examinarlas en el contexto de la gestión integral de la demandante como gestor de una cadena de hoteles.

4.- El juzgado desestimó la demanda.

Consideró acreditada la existencia de circunstancias sobrevenidas radicalmente imprevisibles derivadas de la crisis económica y una alteración de las circunstancias existentes en el momento de cumplir el contrato de arrendamiento en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración. Sin embargo, la sentencia terminó desestimando las pretensiones de la demandante por no considerar acreditada la excesiva onerosidad generada por tales circunstancias imprevisibles al no haberse propuesto un medio de prueba que justificase la realidad de las pérdidas económicas aducidas.

5.- NH interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial.

La Audiencia razonó de la siguiente manera.

Por lo que se refiere a la desaparición de la base del negocio como fundamento de la resolución contractual:

i) es necesario que se produzca un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento; ii) es extravagante el recurso a la cláusula "rebus sic stantibus" si alega al unísono una frustración total del fin del contrato; la petición conjunta de resolución por desaparición de la causa y de modificación por inadecuación a circunstancias es incompatible de suyo, aunque, como en este caso, se permita su acumulación eventual en una misma demanda, porque la onerosidad en el cumplimiento por pérdidas continuadas no es un hecho obstativo de suficiente gravedad que justifique la ineficacia del vínculo ni, de suyo, impide la continuidad contractual; aplicando este criterio a este caso, es obvio que la sola invocación de la resolución contractual con la cláusula "rebus" implica que en realidad la actora pide lo segundo y lo primero; de hecho, es la pretensión que llevó a cabo en las comunicaciones previas (...), esto es, una rebaja de la renta ("rebus sic stantibus") y no una resolución contractual; iv) ninguna de las partes ha efectuado actos propios impeditivos de una descausalización, dado que la causa sigue existiendo: Jardín construyó el hotel de acuerdo con las pretensiones de NH, y lo ha entregado; la causa sigue existiendo, de forma que la simple petición subsidiaria

de rebaja implica que en realidad la verdadera petición de la actora no consiste en la resolución, sino en dicha rebaja, bien en la propuesta o bien en la que se fije por perito (...); hasta tal punto es así que es un hecho indiscutido entre las partes que hubo pagos posteriores a julio de 2011, aunque, también indiscutido entre las partes, no son los expresamente pactados en los contratos de autos.

Por lo que se refiere a la petición de modificación del contrato por aplicación de la cláusula "rebus", la sentencia rechazó también su aplicación con los siguientes argumentos: i) de acuerdo con la jurisprudencia, la crisis económica no puede constituir el único fundamento de aplicación de la "rebus", es necesario constatar que el cambio comporta una significación jurídica digna de atención, una incidencia real en la relación contractual; ii) deben concurrir dos criterios, imprevisibilidad del riesgo y excesiva onerosidad respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato, evitando así incentivar incumplimientos oportunistas del comprador; iii) en el caso, la renta se modifica en el acuerdo de 2002 para compensar al arrendador por la reducción de habitaciones que se produjo por iniciativa de NH para aumentar salones; que la renta es variable sobre porcentajes de ingresos pero con un mínimo que se califica de garantizado, teniendo en cuenta que fue el arrendador quien financió la construcción del hotel con las precisiones técnicas de la arrendataria y que soporta aún la parte impositiva relativa a la propiedad (...); iv) el contrato prevé expresamente las consecuencias de conversión de la renta pactada y garantizada en el contrato en excesivamente onerosa, precisamente mediante la desvinculación de la actora del contrato y con las consecuencias establecidas, que la actora, en cambio, no quiere aplicar, prefiriendo una disminución de renta impuesta unilateralmente desde junio de 2011; en suma, se pretende la consagración judicial de la imposición acordada exclusivamente desde la arrendataria; v) no existe una norma que obligue fijar los precios de un contrato entre empresarios a precio de mercado; en los textos de derecho uniforme y en derecho comparado (italiano y portugués) solo se puede modificar el contrato cuando la exigencia de las obligaciones contractuales a la parte perjudicada afecte gravemente los principios de buena fe o no esté cubierta por los riesgos propios del contrato; vi) en este caso, ya se ha dicho que la renta está establecida por porcentajes de ventas netas, lo que de suyo supone que si no hay ventas netas, no hay beneficios y no hay renta, con la salvedad, expresamente prevista en el contrato, del mínimo garantizado al demandado-

arrendatario, que es lo que en realidad el actor quiere modificar; el contrato, por tanto, de suyo se adapta a situaciones de crisis como las invocadas generalmente (crisis económica general y del sector turístico) y particular (las de este hotel); vii) no hay buena fe en la imposición unilateral de la reducción sin apertura de un proceso de negociación; viii) la merma de ingresos puede dar lugar a que no se genere renta variable, pero, en garantía de los ingresos del demandado, se prevé un mínimo garantizado, situación que NH hoteles puede evitar mediante la resolución unilateral del contrato antes del 31 de diciembre de 2013, lo que no ha hecho; ix) pretender que la jurisdicción obvie dichos pactos y aplique la doctrina de la "rebus sic stantibus" supone ordenar la reglamentación de un nuevo negocio, lo que dicha doctrina no autoriza; x) en el informe de gestión consolidada de la actora, consta la descripción de una política de salida de hoteles no rentables, mediante la cancelación de contratos de arrendamiento y venta de hoteles que aportaban EBIDTA -beneficio bruto de explotación- negativo (...), política que la actora debe sujetar a los criterios contractuales que le ligan en cada caso concreto, porque, conforme al contrato de autos, está prevista dicha cancelación; xi) la comparativa entre la actividad de las partes no puede quedar al margen del objeto social de ambas partes y de su actividad; la demandada, con un objeto social relativo a la actividad inmobiliaria (construye el hotel), y con un capital social de 1,5 millones de euros (...), se dedica a la gestión del hotel en cuanto propietario (...), mientras que la demandante, con un capital de 500 millones, se dedica a la explotación de hoteles, entre ellos el de Almería (...), razón por la que consolida cuentas (...); las pérdidas del hotel de Almería hay que verlas en el contexto de los beneficios generales de la actividad de la demandante, tal y como recoge el informe de gestión consolidado. La maximización de beneficios mediante cancelación del contrato de arrendamiento no puede llevarse a cabo desoyendo las previsiones contractuales e imponiendo a la arrendadora una renta en concreto.

6.- NH interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional y recurso por infracción procesal, que fue inadmitido.

SEGUNDO. -Recurso de casación

1.-El recurso de casación, en su modalidad de recurso por razón de la cuantía (art. 477. 2.2.º LEC), por haber quedado fijada en la demanda en la cantidad de 841.416,95 euros, se funda en un único motivo en el que se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula "rebus sic stantibus".

En su desarrollo razona que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe la nueva jurisprudencia que sobre la cláusula "rebus sic stantibus" han venido a establecer las sentencias de esta sala de 30 de junio (STS 333/2014) y 15 de octubre de 2014 (STS 591/2014), puesto que: i) Para que la cláusula "rebus sic stantibus" resulte de aplicación la referida jurisprudencia no exige en ningún caso que se hayan producido negociaciones previas a la demanda a los efectos de intentar adaptar el contrato a las nuevas circunstancias. ii) La sentencia recurrida no ha aplicado correctamente los criterios fijados por la nueva doctrina jurisprudencial para determinar si en el presente caso concurría el requisito de la imprevisibilidad del riesgo y, además, ha obviado que las sentencias de 30 de junio (STS 333/2014) y 15 de octubre de 2014 (STS 591/2014) ya aplicaron la cláusula "rebus sic stantibus" a supuestos en los que los contratos en cuestión recogían cláusulas muy similares a las analizadas por la sentencia recurrida. iii) La nueva doctrina jurisprudencial tiene señalado que para que concurra el requisito de la excesiva onerosidad basta con que el negocio subyacente al contrato sometido a disputa genere pérdidas -o no proporcione ningún margen de beneficio-, siendo irrelevante a tales efectos la situación de pérdidas o beneficios en que se puedan encontrar las restantes líneas de negocio de la parte que solicita la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus".

2.-La demandada recurrida se opone y solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida. Razona que dicha sentencia no se opone a la doctrina de la sala.

TERCERO. -Decisión de la sala. Desestimación del recurso.

El recurso va a ser desestimado porque, por lo que se dice a continuación, la sentencia recurrida explica de manera convincente las razones por las que en el caso no es de aplicación la regla "rebus".

1.-Debe tenerse en cuenta que, si bien en las sentencias que cita el recurrente se aplicó con gran amplitud la regla "rebus", con posterioridad esta sala ha descartado su aplicación cuando, en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, fuera improcedente revisar o resolver el contrato:

i) Así, la sentencia 742/2014, de 11 diciembre, declaró "que la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable".

ii) La sentencia 64/2015, de 24 febrero, afirmó que "del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la

cláusula "rebus sic stantibus" a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate".

iii) La sentencia 237/2015, de 30 abril, se apoya en la doctrina de la sala que, "aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla "rebus sic stantibus" en favor del comprador afectado por la crisis económica, previene no obstante contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas del comprador".

2.-En el presente caso, la parte recurrente realiza afirmaciones genéricas sobre la aplicabilidad de la regla "rebus" conforme a criterios de normalización y a los factores que hipotéticamente dan lugar a su aplicación, pero no expresa las concretas razones por las que en el caso debe desplazarse a la parte demandada el riesgo de la disminución de los rendimientos de la explotación del hotel, riesgo que, al proceder del deterioro de la situación económica y a las variaciones del mercado, debe ser considerado como propio de la actividad empresarial de la arrendataria, una empresa dedicada a la gestión hotelera.

Por el contrario, la sentencia recurrida, que sí conoce la doctrina jurisprudencial sobre la "rebus" (...), explica las razones por las que no debe imponerse al propietario constructor del hotel y arrendador del mismo el desplazamiento del riesgo descrito.

i) De manera razonable, la Audiencia niega en primer lugar la desaparición de la base del negocio porque sigue resultando posible el cumplimiento del contenido del contrato, la explotación del hotel. Así lo muestra la pretensión de la propia demandante ahora recurrente de que se aplique una reducción de la renta, lo que confirma que esa es su verdadera pretensión, de acuerdo con las comunicaciones previas a la demanda que dio inicio a este procedimiento y de acuerdo también con el motivo del recurso de casación.

ii) La argumentación de la sentencia recurrida por la que se rechaza la pretensión de rebaja del precio pactado no es contraria a la doctrina de la sala, pues tiene en cuenta la distribución contractual del riesgo previsto en el propio contrato.

En la modificación del contrato pactada en 2002 las partes cambiaron el cálculo de la renta debida e introdujeron un mínimo garantizado y es convincente la apreciación realizada por la Audiencia Provincial en el sentido de que la razón por la que las partes fijaron un mínimo garantizado fue precisamente retribuir a Jardines tanto de los gastos de la previa construcción conforme a los criterios de la arrendataria como los

gastos de la propiedad que asumía durante la vigencia del contrato. Este pacto se justificaba, precisamente en el propósito declarado expresamente de "mantener el equilibrio entre las partes".

La introducción en el contrato de un sistema combinado de retribución, variable según ingresos junto a un mínimo garantizado, muestra precisamente que las partes tuvieron en cuenta que mediante la aplicación del porcentaje variable en función del nivel de ocupación del hotel era posible que no se alcanzase en todos los ejercicios a lo largo de la vida del contrato los ingresos mínimos para satisfacer al propietario arrendador. Esta previsión es perfectamente coherente con la celebración de un contrato en el que el arrendamiento iba a durar diecisiete años, a lo largo de los cuales previsiblemente el nivel de ingresos podía ser variable. La fijación de una renta mínima garantizada junto a una renta variable según ingresos demuestra, precisamente, que el riesgo de la disminución de ingresos quedaba a cargo de la arrendataria.

Junto a ello, la posibilidad pactada de que el arrendatario pudiera poner fin al contrato transcurridos los diez primeros años de vigencia muestra también que el contrato preveía un mecanismo para amortiguar el riesgo del arrendatario de que, si el negocio no le resultaba económicamente rentable en las condiciones acordadas, pudiera poner fin al contrato. Para ello, el arrendatario debía pagar una indemnización consistente en tres anualidades de renta. Lo que pretende el arrendatario es, en contra de lo pactado, bien poner fin a la relación de manera anticipada y sin pagar tal indemnización, de la que no ha cuestionado su razonabilidad, bien lograr una rebaja del precio por un acontecimiento que no puede calificarse de extraordinario o imprevisto para las partes, que sí tuvieron en cuenta la posibilidad de que a la arrendataria no le interesara económicamente continuar con la gestión del hotel.

Estas son las verdaderas razones por las que la sentencia recurrida, de manera correcta a juicio de esta sala, desestimó la aplicación al caso de la doctrina "rebus". NH reprocha a la Audiencia alguna afirmación que considera contraria a la doctrina jurisprudencia sobre la regla "rebus" pero que realmente no constituye la "ratio decidendi" de la sentencia. Es verdad que la Audiencia hace mención al requisito del deber de negociar de buena fe, que algunos modelos de derecho comparado y propuestas académicas configuran como un presupuesto para exigir la pretensión de aplicación judicial de la regla "rebus". Se trata de un argumento (...) posterior a la exposición jurisprudencial sobre la "rebus" (...) y al análisis de la

distribución de riesgos del contrato litigioso del que ya resulta la improcedencia de la aplicación al caso de la regla "rebus" al caso concreto (...). Con este razonamiento la sentencia se limita a dar respuesta a las afirmaciones de la demandante de que intentó negociar, y apunta por el contrario que ello no resulta de su comportamiento, dirigido a tratar de imponer unilateralmente la rebaja del precio.

iii) La argumentación de la sentencia recurrida por la que se rechaza la pretensión de rebaja del precio pactado tampoco es contraria al criterio legal que se desprende del art. 1575 CC, que en la regla que permite la rebaja de la renta en el arrendamiento de bienes productivos que no deriven de riesgos del propio negocio, exige además que la pérdida de rendimientos se origine por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, algo que por su misma rareza no hubiera ser podido previsto por las partes, y que la pérdida de frutos sea de más de la mitad de los frutos. En el caso no concurre ninguna de estas circunstancias. La disminución de las rentas procede de una evolución del mercado, las partes previeron la posibilidad de que en algunos ejercicios la rentabilidad del hotel no fuera positiva para la arrendataria y las pérdidas alegadas por NH en la explotación del hotel de Almería son inferiores al cincuenta por ciento, sin contar con que el resultado global del conjunto de su actividad como gestora de una cadena de hoteles es, según considera probado la Audiencia a la vista del informe de gestión consolidado, favorable».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 81/2016] DE 16 DE ENERO DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]**

*Sociedades de capital: impugnación de acuerdos de la junta general por convocatoria defectuosa y por infracción del derecho de información. La convocatoria de junta general de una sociedad anónima realizada por un consejo de administración incompleto, en el que uno de sus tres miembros había dimitido previamente, es válida, ya que no se trata de un consejo deficitario, que queda paralizado por el cese de la mayoría de sus vocales, sino mayoritario, que puede seguir en funcionamiento mientras se provee a la cobertura de la vacante.- El derecho individual de información del socio no es ilimitado y, aparte de estar condicionado al cumplimiento de determinados requisitos (relación directa y estrecha con el orden del día, petición en el momento adecuado, etc.), está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva, objetiva y subjetivamente; lo que debe*

*examinarse de forma casuística en función de múltiples parámetros, entre otros, las características de la sociedad y la distribución de su capital, volumen y forma de la información solicitada. Así, entre las circunstancias a tener en cuenta, destaca el hecho de que el socio desempeñe o haya desempeñado funciones de administración durante el periodo al que se contrae la solicitud de información, puesto que en tal caso habrá tenido mayor posibilidad y facilidad de acceso a los asuntos sociales, habida cuenta de que para el administrador social la obtención de información no es un derecho, sino un deber.*

«El capital social de la compañía mercantil Pronorte Uno S.A. estaba dividido en partes iguales entre D. Higinio, D. Victorino y D. José Ángel, quienes, a su vez, integraban el consejo de administración trimembre previsto en los estatutos sociales.

Hasta el 15 de septiembre de 2011, en que cesó voluntariamente, D. Higinio era, además, el presidente del consejo de administración.

2.-Tras esa dimisión, el consejo de administración convocó junta general de la sociedad para el día 21 de diciembre de 2011, en que tuvo lugar.

3.- En la mencionada junta general se adoptaron los siguientes acuerdos:

a) Aprobación de las cuentas anuales e informe de gestión de la sociedad, correspondientes al ejercicio 2010.

b) Aprobación de la propuesta de aplicación del resultado de la sociedad correspondiente al ejercicio 2010.

c) Aprobación de la gestión social llevada a cabo por el consejo de administración de la sociedad durante el ejercicio 2010.

d) Aprobación de las cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado de la sociedad y su grupo de sociedades correspondiente al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010.

e) Toma de razón de la dimisión del consejero D. Higinio y provisión de la vacante existente mediante el nombramiento como consejero de Dña. Jacinta.

f) Reección de la entidad Ad Hoc Auditores S.L. como auditor encargado de verificar las cuentas anuales de la sociedad para el ejercicio 2011.

g) Otorgamiento de facultades al presidente y al secretario del consejo de administración para la formalización y ejecución de los anteriores acuerdos.

4.-D. Higinio interpuso una demanda contra la sociedad Pronorte Uno S.A., en la que impugnó los acuerdos adoptados en la mencionada junta general y solicitó su nulidad, por: (i) vulneración de las normas relativas a la convocatoria, al haberse realizado por un

consejo de administración inválidamente constituido por falta de quorum; (ii) infracción del derecho de información del socio, tanto antes como durante la propia junta general.

5.-Tras la oposición de la sociedad, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por considerar, resumidamente, que la impugnación de los acuerdos por convocatoria defectuosa de la junta general era contraria a la buena fe e implicaba abuso de derecho, puesto que el demandante ya había solicitado al órgano de administración la convocatoria de una junta con contenido del orden del día prácticamente idéntico al de la celebrada. En cuanto a la impugnación por infracción del derecho de información, la desestimó por abusiva y de mala fe, dado que el impugnante había sido consejero y tenía pleno acceso a la información.

6.-El demandante recurrió en apelación, cuyo recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial. La sentencia de segunda instancia considera que, pese a que el consejo no podía convocar la junta, la impugnación es manifiestamente contraria a las reglas de la buena fe e incurre en abuso de derecho, porque: (i) la inoperatividad del órgano de administración fue provocada por la dimisión del demandante; (ii) aunque la decisión de convocar la junta fue tomada por el órgano de administración incompleto, el demandante había requerido notarialmente a los otros dos consejeros para que convocaran la junta con un orden del día prácticamente idéntico, ya que únicamente difería en la reelección del auditor; (iii) el actor concurrió a la junta general, en la que estuvo presente la totalidad del capital; (iv) también resulta abusivo alegar infracción del derecho de información cuando el demandante recabó datos y planteó cuestiones correspondientes al periodo en que era administrador de la sociedad y conocía su estado; aparte de que se le entregaron datos de las cuentas anuales, pero no de los informes de auditoría, que se entregaron en la propia junta con carácter previo a la deliberación y votación de los acuerdos.

SEGUNDO. -Primer motivo del recurso de casación. Convocatoria de junta general por consejo de administración incompleto pero mayoritario. Planteamiento:

1.-En el primer motivo de casación se alega la infracción de los arts. 171 y 242 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) y la jurisprudencia que los interpreta.

2.-En el desarrollo del motivo se mantiene, resumidamente, que las normas de convocatoria de la junta son de derecho necesario y su infracción conlleva la invalidez de los acuerdos adoptados en la

junta defectuosamente convocada. Considera infringida la doctrina contenida en las sentencias de esta sala de 4 de diciembre de 2002, 14 de marzo de 2005 y 9 de diciembre de 2010. Aduce, además, que en casos iguales la misma sección de la Audiencia Provincial ha fallado en sentido contrario al ahora recurrido.

Decisión de la Sala:

1.-Como hemos dicho en la sentencia 510/2017, de 20 de septiembre, cuando la junta general no se constituye como junta universal, su convocatoria habrá de realizarse en la forma prevista por la Ley o los estatutos para que su celebración sea válida.

En este caso se plantea la validez de la convocatoria de junta general de una sociedad anónima realizada por un consejo de administración incompleto, puesto que de uno de sus tres miembros había dimitido previamente.

2.-La interpretación y aplicación de los arts. 171, 242 y 247.2 LSC ha de permitir que la sociedad esté dotada, como regla general y salvo supuestos excepcionales, de un órgano de administración con capacidad de actuación. Para ello, la propia ley ofrece mecanismos para que así sea, incluso cuando se dan situaciones especiales.

De igual manera, en la medida de lo posible también debe preservarse la capacidad de funcionamiento del consejo de administración, incluso en circunstancias excepcionales, para evitar situaciones de bloqueo que, en los supuestos más graves, puedan dar lugar a la concurrencia de una causa de disolución de la sociedad.

Conforme al art. 247.2 LSC, para la válida constitución del consejo de administración de una sociedad anónima es preciso que "concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales", y esta mayoría sólo puede estar referida, como resulta del precepto, al número previsto en los estatutos o determinado por el acuerdo de nombramiento (art. 242 del propio texto legal).

Interpretación que, como resalta la RDGRN de 14 de marzo de 2016, queda confirmada por el art. 171 LSC que, para el caso de "cese de la mayoría de los miembros del consejo de administración", habilita a cualquier socio para instar la convocatoria judicial de junta, lo que confirma que, en caso de cese de la mayoría, el consejo no puede constituirse válidamente (como demuestra la equiparación que hace el propio precepto a la imposibilidad de funcionamiento de las otras formas de organizar la administración). Lo que no sucede si el cese no ha afectado a la mayoría de los consejeros.

3.-La habilitación que el art. 171 LSC confiere a cualquiera de los administradores que permanecen en el cargo para convocar la junta general cuando se produce alguno de los cuatro supuestos especiales que prevé (muerte o de cese del administrador único; muerte o de cese de todos los administradores solidarios; muerte o de cese de alguno de los administradores mancomunados; y muerte o de cese de la mayoría de los miembros del consejo de administración) implica que, en el resto de casos, el consejo puede constituirse válidamente y adoptar todo tipo de acuerdos.

Es decir, al no tratarse de un consejo deficitario, que queda paralizado por el cese de la mayoría de sus vocales, sino mayoritario, por aplicación de la regla de la mayoría consagrada en el citado art. 247.2 LSC, puede seguir en funcionamiento mientras se provee a la cobertura de la vacante.

4.-En consecuencia, si como es el caso, el consejo de administración se compone de tres miembros y puede quedar válidamente constituido con el acuerdo de dos de ellos, no se da el supuesto de hecho previsto en el art. 171 LSC. Por lo que el consejo así constituido tiene competencia plena para convocar la junta general y para fijar el orden del día. Esta interpretación de la DGRN, que refrendamos, también tiene apoyo en el art. 141 RRM, del que se desprende que, en caso de nombramiento de un consejo de administración, basta que acepten la mayoría de los componentes designados para que el órgano quede válidamente constituido.

5.-Por lo demás, que en otros casos la misma sección de la Audiencia Provincial haya fallado en sentido contrario no implica per se la incorrección de su resolución, ni puede erigirse en motivo de nulidad con trascendencia casacional, máxime cuando se desconoce si las circunstancias fácticas podían ser diferentes.

6.- Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO. -Segundo motivo de casación. Derecho de información del socio Planteamiento:

1.-El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 197 y 272 LSC, en relación con el derecho de información de socio en las sociedades anónimas.

2.-En el desarrollo del motivo, el recurrente alega, resumidamente, que no se le dio traslado del informe de auditoría, ni tampoco se le proporcionó otra información relevante solicitada en la junta general, que finalmente le fue denegada en un escrito posterior. Además, no cabe aducir que la información

perjudique el interés social, porque el socio que la solicitó representa el 33,33% del capital social.

Decisión de la Sala:

1.-Con carácter general, la información en las sociedades de capital puede contemplarse en dos aspectos:

(i) el que exige a las sociedades la obligación de hacer públicos determinados documentos y hechos que son relevantes para los socios y para los terceros, y entregar a los socios determinados documentos sin necesidad de que estos lo soliciten; (ii) el que otorga al socio el derecho individual a pedir a los administradores cierta información, como un mecanismo para adoptar decisiones relevantes en defensa de sus intereses particulares y controlar la gestión de los administradores sociales.

Los intereses protegidos en uno y otro aspecto no son necesariamente coincidentes, y las consecuencias del incumplimiento del régimen legal por parte de la sociedad son diferentes. Aunque también se observa una cierta correlación entre uno y otro aspecto de la información, pues cuanto más detallada sea la información que debe publicar la sociedad y cuantos más instrumentos de acceso a la información social se prevean (derecho a la entrega de documentos, publicación en la web de la sociedad, acceso a la información depositada en el Registro mercantil o en los registros de la CNMV), el ámbito de ejercicio del derecho individual del socio se reduce, pues carece de sentido que se extienda a datos que la sociedad haya publicado o le haya entregado.

2.-La sentencia 608/2014, de 12 de noviembre, resume la jurisprudencia en la materia, que había rechazado la concepción restrictiva del derecho de información del socio de la sociedad anónima, pervivencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951. Resalta que la LSC considera el derecho de información como inherente a la condición de accionista (art. 93.d LSC) y lo reconoce como "mínimo" en el estatuto del accionista de una sociedad anónima. Es inderogable, pues no puede ser eliminado por acuerdo de la junta o del órgano de administración, e irrenunciable, sin perjuicio de que el accionista sea libre de ejercitarlo o no en cada caso, según su conveniencia.

Antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, la LSC configuraba el derecho de información como un derecho autónomo sin perjuicio de que pudiera cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto. Servía también para controlar el cumplimiento por los administradores de sus deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, de ahí que pudiera considerarse también instrumental respecto de la

exigencia de responsabilidad a los administradores sociales (sentencia 746/2012, de 13 de diciembre). Se entendía que ello justificaba la previsión legal de que en ciertos casos la información pueda suministrarse por escrito tras la junta (art. 197.2 TRLSC), cuando ya no tiene ninguna función instrumental respecto del derecho de voto, o que la tengan también socios sin derecho al voto o que no piensen ejercerlo.

3.-Pero junto a este concepto amplio del derecho individual de información del socio, también hemos declarado que no es ilimitado y, aparte de estar condicionado al cumplimiento de determinados requisitos (relación directa y estrecha con el orden del día, petición en el momento adecuado, etc.), está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva, objetiva y subjetivamente. Lo que debe examinarse de forma casuística en función de múltiples parámetros, entre otros, las características de la sociedad y la distribución de su capital, volumen y forma de la información solicitada. Entre tales circunstancias a tener en cuenta, destaca que el socio desempeñe o haya desempeñado funciones de administración durante el periodo al que se contrae la solicitud de información, puesto que en tal caso habrá tenido mayor posibilidad y facilidad de acceso a los asuntos sociales, habida cuenta que para el administrador social la obtención de información no es un derecho, sino un deber (art. 225 LSC).

4.-Sobre esta base, la Audiencia Provincial considera probado que la sociedad entregó al recurrente con antelación a la junta general copia de las cuentas anuales y del informe de gestión y que el informe de auditoría le fue entregado en la propia junta y antes de que se deliberara y votara el correspondiente punto del orden del día. Y precisamente porque el informe de auditoría denegaba la opinión, el demandante votó en contra de la aprobación de las cuentas.

Además, la sentencia recurrida toma en consideración que D. Higinio fue presidente del consejo de administración de la sociedad recurrida hasta mediados de septiembre de 2011, por lo que había tenido un conocimiento más que adecuado del estado contable de la compañía durante el ejercicio social que era objeto de examen.

El demandante no era un socio cualquiera, sino que había sido presidente del consejo de administración en el periodo al que se refiere la información solicitada, lo que implica que, entre sus obligaciones como tal y dentro de su deber de diligencia, se encontraba la de estar informado de la situación financiera de la sociedad.

5.-Estas consideraciones y conclusiones de la sentencia recurrida no infringen los preceptos legales invocados, por lo que este segundo motivo de casación también debe ser desestimado.

QUINTO. -Tercer motivo de casación. Abuso de derecho. Planteamiento:

1.-En el tercer motivo de casación se denuncia la infracción del art. 7 CC, por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo concerniente a la aplicación del abuso de derecho y la concurrencia de los requisitos para apreciar el mismo.

2.-En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la misma Audiencia Provincial, en tres casos idénticos, ha dictado sentencias dispares y solamente en el presente caso ha considerado que existía mala fe y abuso de derecho.

El recurrente siempre ha actuado de buena fe y antes de la celebración de la junta general advirtió del defecto de la convocatoria y de la infracción del derecho de información, pese a lo cual el presidente decidió celebrarla.

Decisión de la Sala:

1.-La determinación de si concurrió o no mala fe y abuso de derecho en la actuación del recurrente, además del componente jurídico, tiene un componente fáctico inatacable en casación. Así lo mantuvo la sentencia de esta sala 910/2006, de 19 de septiembre, con cita de otras muchas, al decir: "La existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del juzgador de instancia, sin perjuicio de que también se refiera a un concepto jurídico que se apoya en una valoración de la conducta deducida de unos hechos cuya apreciación jurídica puede ser sometida a una revisión casacional (STS de 18 de diciembre de 2001, que cita otras muchas). Del mismo modo, la Sentencia de 28 de mayo de 2002 dejó sentado que es doctrina jurisprudencial que, para la declaración de existencia de abuso de derecho, resulta necesario que en las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida se manifieste el abuso en las circunstancias que lo determinan (SS. de 26 abril 1976 y 14 julio 1992), así como que su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo), según la sentencia de 30 mayo 1998".

2.-Además de esta imposibilidad de revisión fáctica, la sentencia recurrida analiza correctamente el proceder del socio que, pese a conocer que el consejo de administración estaba incompleto, puesto que dicha

circunstancia había sido provocada por su propia dimisión, solicitó de los otros administradores la convocatoria de una junta general con una propuesta del orden del día que coincidía, en lo fundamental, con el que se debatió en la junta impugnada. Es decir, no vio objeción alguna en la convocatoria de una junta propugnada por él, pero sí en la convocada por los administradores restantes, cuando el posible defecto [que, como hemos visto, no era tal] sería el mismo en ambos casos. Y, de igual manera, la sentencia también valora correctamente que hace un ejercicio abusivo de su derecho de información quien, por su calidad de presidente del consejo de administración durante el ejercicio al que se refieren las cuentas cuya aprobación se sometía a consideración, tenía una posición privilegiada para conocer los datos que eran objeto de su solicitud de información.

Que en otros casos el mismo tribunal de segunda instancia haya considerado que el mismo recurrente no actuó de mala fe ni con abuso de derecho no determina que lo hiciera igualmente en el que nos ocupa.

3.-Por lo que, al no haberse infringido el art. 7 CC ni la jurisprudencia que lo interpreta, este tercer motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores».

### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2914/2016] DE 17 DE ENERO DE 2019 [Ponente: M.ª de los Ángeles Parra Lucán]**

*Contrato de seguro: acción de repetición del Consorcio contra la aseguradora y el causante del accidente. Si después del pago de la indemnización por el Consorcio se resuelve que corresponde indemnizar a la entidad aseguradora, es esta quien debe reembolsar al Consorcio la cantidad que haya abonado a los perjudicados más los intereses legales, incrementados en un 25 por 100, desde la fecha en que abonó la indemnización. Por tanto, la pretensión del Consorcio de que se declare el derecho de repetición contra el conductor a pesar de que se haya declarado la vigencia del seguro y el consiguiente reembolso al Consorcio por parte de la aseguradora no tiene apoyo en la ley.*

«La cuestión litigiosa objeto del presente recurso de casación versa sobre la procedencia de una acción de repetición ejercida por el Consorcio de Compensación de Seguros que, después de pagar la indemnización por existir controversia sobre la vigencia de la póliza, se dirige conjuntamente contra la aseguradora (que

finalmente resulta obligada al pago) y el conductor (y propietario) del vehículo causante del accidente de circulación.

El Consorcio fundamentó la legitimación pasiva de los demandados en las siguientes normas: la de la aseguradora en los arts. 1158 CC, 8.1.d) disp. adicional 8.ª de la Ley 30/1995, 11.1.d) del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (en adelante, LRCSCVM); la del conductor causante del accidente en el art. 1.1 LRCSCVM; y la del propietario del vehículo, de forma alternativa respecto de la aseguradora, si finalmente se acredita que el vehículo no estaba asegurado, en los arts. 1.1 "in fine", 2 y 11.3 LRCSCVM.

2.-El juzgado estimó la demanda contra el sr. Hugo, conductor del vehículo, por aplicación del art. 1 del Texto Refundido, y absolvió a las dos aseguradoras demandadas. En primer lugar, absolvió a Hilo Direct Seguros S.A. porque el accidente tuvo lugar el 16 de octubre de 2013 y la póliza de esta compañía estuvo vigente solo hasta el 28 de diciembre de 2012. En segundo lugar, absolvió a Allianz Seguros y Reaseguros S.A. (en adelante, Allianz), que aseguró el vehículo con posterioridad a Hilo Direct, porque consideró que su póliza se había extinguido antes del accidente. De esta forma, el juzgado acogió las alegaciones de Allianz, que probó que el sr. Hugo, propietario inicial del vehículo, y que tenía concertado el seguro obligatorio con Allianz, vendió el vehículo el 30 de agosto de 2013, y el 11 de septiembre de 2013, la parte de prima que se consideró no consumida, fue extornada para el aseguramiento de otro vehículo del vendedor.

3.-Interpusieron recurso de apelación el Consorcio y el sr. Hugo. El Consorcio defendió que debía declararse la responsabilidad de Allianz por aplicación del art. 34 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro (LCS), porque el vehículo se vendió con el seguro, el comprador pagó un precio por ello y tenía la fotocopia de la póliza, de modo que se subrogó en el contrato de seguro. Argumentó que Allianz conocía la venta y debió dirigirse contra el nuevo propietario para dar de baja la póliza, que había sido cancelada irregularmente. El sr. Hugo solicitó su absolución con el argumento de que, por aplicación del citado art. 34 LCS, debía entenderse, con argumentos similares a los utilizados por el Consorcio, que Allianz seguía vinculada por el seguro.

La Audiencia estimó el recurso del Consorcio y condenó a Allianz, por entender que en el momento del accidente se mantenía el seguro del vehículo que causó el accidente de circulación ya que, teniendo conocimiento de la venta, Allianz pudo resolver el contrato y notificarlo al sr. Hugo, en los términos del art. 35 LCS, cosa que no hizo.

La Audiencia estimó también el recurso del sr. Hugo y lo absolvió. Puesto que este es el único pronunciamiento que se impugna ahora en casación en el recurso interpuesto por el Consorcio, parece oportuno señalar las razones en las que la Audiencia fundamentó su decisión:

"El art. 11.3 de la Ley 8/2004 prevé la posibilidad de que el Consorcio pueda repetir en los supuestos definidos en el art. 10, precepto que regula la acción de repetición contra el conductor, propietario y asegurado si el daño fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de un vehículo no asegurado.

"En consecuencia, manteniendo el vehículo aseguramiento obligatorio que regula su circulación (sic), tal como anteriormente quedó establecido, y al tratarse de una acción de repetición en base a culpa extracontractual y no careciendo el vehículo causante del mismo de contrato de seguro obligatorio, a cuya suscripción venía obligado el propietario conforme a lo previsto en el art. 2.1 del repetido Real Decreto, en orden a la acción de repetición, de los citados arts. 10 y 11.3 del mismo texto normativo, no concurriendo en el propietario conductor ninguna de las antedichas circunstancias resultando absuelto en el previo proceso penal. En consecuencia, no procede efectuar pronunciamiento de condena contra el propietario y conductor sr. Hugo, en relación con la acción de repetición que se examina en el presente procedimiento".

4.-El Consorcio de Compensación de Seguros interpone recurso de casación en el que solicita que se dicte sentencia por la que se revoque la de la Audiencia en el único sentido de declarar la existencia de responsabilidad civil del conductor y, en consecuencia, añadir la condena de dicho conductor causante del accidente a abonar solidariamente con la compañía de seguros la indemnización anteriormente abonada por el Consorcio.

SEGUNDO. -Recurso de casación.

El recurso de funda en un único motivo dividido en tres apartados en los que se denuncia: i) infracción del art. 1 apartado 1 de la LRCSCVM; ii) infracción del art. 11 apartado 3 (con su remisión al art. 10 de la LRCSCVM); iii) infracción del art. 1158 CC y del art. 43 LCS. Justifica el interés casacional mediante la cita de sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales por lo que se refiere a la acción de repetición contra el conductor en los casos en los que el Consorcio ha pagado la indemnización en los supuestos de controversia sobre la entidad aseguradora, así como mediante la cita de jurisprudencia de esta sala sobre responsabilidad del conductor.

En el desarrollo del motivo, el recurrente razona, en primer lugar, que conforme al art. 1 apartado 1 de la LRCSCVM, el conductor causante de los daños es responsable siempre, con independencia de que exista o no la cobertura de un seguro y explica que esa es la razón del propio seguro de responsabilidad civil. Añade que la responsabilidad del conductor y la de aseguradora es solidaria y que la acción directa contra la aseguradora es una facultad del perjudicado, no una obligación. Concluye que, al pagar, el Consorcio se coloca en la posición de aquel al que paga, no en posición de aquel por quien paga.

En segundo lugar, el recurrente alega que la sentencia realiza una interpretación errónea del art. 11.3 LRCSCVM. Razona que el art. 11.3 no modifica la responsabilidad que, con carácter general, establece el art. 1 y que la interpretación de la sentencia recurrida haría de mejor condición al conductor cuando se duda sobre la existencia de un seguro. Añade que el art. 11.3 prevé la posibilidad del Consorcio de repetir, no solo en los supuestos de inexistencia de seguro, sino también en todos los supuestos del art. 10 LRCSCVM. Explica que el art. 10 expresamente menciona en su letra a) la repetición del asegurador contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, pero añade que el art. 10, en su letra d) establece el derecho de repetición "en cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes". Concluye el recurrente que entre los supuestos incluidos en esta letra d) se encuentra la repetición contra el

responsable civil de los daños abonados al perjudicado por el Consorcio.

En tercer lugar, el recurrente alega que la sentencia infringe el art. 1158 CC y el art. 43 de la Ley del contrato de seguro. Razona que cuando el Consorcio paga porque existen dudas sobre la existencia del seguro obligatorio del automóvil [ art. 11.1.d) LRCSCVM] paga por otro (art. 1158 CC) y se coloca en el lugar del que cobra (perjudicado en el accidente) no de aquel por el que se paga.

El recurrente termina solicitando que se dicte jurisprudencia en el sentido de que, una vez abonada la indemnización en los supuestos de controversia, el Consorcio de Compensación de Seguros se subroga en la posición del perjudicado al que indemnizó y, en consecuencia, tiene acción de repetición contra el conductor responsable civil del accidente y contra la aseguradora si finalmente se resuelve que el seguro estaba vigente a la fecha del accidente por cuanto el conductor responsable y la aseguradora son responsables civiles solidarios.

TERCERO. -Decisión de la sala. Desestimación del recurso.

1.-La cuestión jurídica que se plantea en este recurso es si el Consorcio que paga a los perjudicados en caso de controversia tiene acción de repetición contra el conductor causante del accidente cuando posteriormente ha quedado establecida la obligación de la compañía de seguros de indemnizar.

En el caso el Consorcio, después de pagar a los perjudicados por el accidente se dirige conjuntamente contra la aseguradora y el conductor del vehículo causante del accidente de circulación. Ha quedado firme la obligación de la entidad aseguradora de indemnizar, una vez que la Audiencia consideró probado que el vehículo estaba asegurado por Allianz. Por este motivo, la Audiencia condenó a la aseguradora a abonar al Consorcio la indemnización que este había pagado a los perjudicados por el accidente más los intereses legales, incrementados en un 25 por 100 desde la fecha en que abonó la indemnización, conforme a lo dispuesto en el art. 11.1.d) LRCSCVM. Pero el Consorcio, que había dirigido su demanda tanto contra la aseguradora como contra el conductor, que viene absuelto, pretende que se declare la responsabilidad de este último de forma solidaria con su aseguradora. Argumenta que así resulta de la aplicación de los arts. 1.1, 11.3 y 10.d) LRCSCVM y de los arts. 1158 CC y 43 LCS.

2.- Debemos partir del marco normativo en el que debe resolverse la cuestión.

i) La obligación impuesta al Consorcio de indemnizar al perjudicado en caso de controversia con la entidad aseguradora responde a la condición de organismo o fondo de garantía que la ley atribuye al Consorcio al objeto de indemnizar daños causados por vehículos de motor en ciertas circunstancias (art. 11.3 del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre).

ii) En particular, conforme al art. 11.1.d) LRCSCVM, corresponde al Consorcio indemnizar los daños a las personas y en los bienes cuando surgiera controversia entre el Consorcio y la entidad aseguradora acerca de quién debe indemnizar al perjudicado. Añade el precepto que "si ulteriormente se resuelve o acuerda que corresponde indemnizar a la entidad aseguradora, ésta reembolsará al Consorcio de Compensación de Seguros la cantidad indemnizada más los intereses legales, incrementados en un 25 por 100, desde la fecha en que abonó la indemnización". El art. 20.2 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, aclara que a "efectos de lo dispuesto en el artículo 11.1.d) del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, se entenderá que existe controversia entre el Consorcio de Compensación de Seguros y la entidad aseguradora cuando ésta presente ante el Consorcio requerimiento motivado en relación al siniestro, o el perjudicado presente reclamación ante el Consorcio a la que acompañe justificación de que la entidad aseguradora rehúsa hacerse cargo del siniestro, y el Consorcio estimase que no le corresponde el pago".

iii) Con carácter general, el art. 11.3 LRCSCVM se ocupa de los casos en los que el Consorcio que ha satisfecho una indemnización dispone de un derecho de repetición contra las personas por las que está obligado a adelantar la indemnización al perjudicado.

Conforme al art. 11.3 LRCSCVM, "el perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos señalados en este artículo, y éste podrá repetir en los supuestos definidos en el artículo 10 de esta Ley, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de vehículo no asegurado, o contra los autores, cómplices o encubridores del robo o robo de uso del

vehículo causante del siniestro, así como contra el responsable del accidente que conoció de la sustracción de aquel".

De esta forma, el Consorcio, cuando ha pagado como asegurador, puede repetir al igual que cualquier otro asegurador, en los términos previstos en el art. 10 LRCSCVM, y tiene reconocido igualmente un derecho de repetición en los casos de vehículos sin seguro o robados contra las personas que establece el art. 11.3 LRCSCVM.

iv) Para los supuestos de controversia, como es el que se plantea en este recurso, el art. 11.1.d) LRCSCVM determina expresamente que, si después del pago de la indemnización por el Consorcio se resuelve que corresponde indemnizar a la entidad aseguradora, es esta quien debe reembolsar al Consorcio la cantidad que haya abonado a los perjudicados más los intereses legales, incrementados en un 25 por 100, desde la fecha en que abonó la indemnización.

3.-A la vista de lo anterior el recurso de casación del Consorcio debe ser desestimado. La pretensión del Consorcio de que se declare el derecho de repetición contra el conductor a pesar de que se haya declarado la vigencia del seguro y el consiguiente reembolso al Consorcio por parte de la aseguradora no tiene apoyo en la ley.

En los casos de controversia la ley establece la obligación del Consorcio de indemnizar al perjudicado para evitar demoras en el pago de las indemnizaciones en razón de la duda de la existencia de obligación de la entidad aseguradora. Si finalmente se confirma que la aseguradora no debe indemnizar (por ejemplo, porque se confirma que el vehículo no estaba asegurado), el Consorcio podrá repetir contra el conductor en los términos que resultan de los arts. 11.3 y 10 LRCSCVM. Por el contrario, si ulteriormente queda establecida la obligación de pagar de la entidad aseguradora, como ha sido el caso, el Consorcio ha pagado en su lugar. El Consorcio solo podrá repetir contra el conductor en los mismos casos en que hubiera podido repetir contra él la entidad aseguradora.

Resulta improcedente amparar la acción del Consorcio contra el conductor en el art. 10.d) LRCSCVM, que termina la enumeración de los supuestos en que el asegurador puede repetir con una referencia a "cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes". No hay una previsión normativa que contemple la repetición contra el conductor cuando se resuelva que

corresponde indemnizar a la entidad aseguradora. Contra lo que dice la parte recurrente, tampoco puede deducirse ese derecho a repetir contra el conductor de la responsabilidad de los daños causados por el conductor que establece el art. 1 LRCSCVM. De esta responsabilidad deriva la obligación de indemnizar al perjudicado, y ello justifica el reconocimiento de la acción directa del perjudicado frente al asegurador de la responsabilidad civil (art. 76 LCS). Pero, puesto que la responsabilidad del conductor no justifica que el asegurador pueda repetir contra él fuera de los casos previstos en la ley [art. 10.a) LRCSCVM], tampoco ampara que pueda hacerlo el Consorcio cuando paga como fondo de garantía más allá de los supuestos expresamente contemplados en el art. 11 LRCSCVM.

Resta añadir, por agotar la respuesta a las alegaciones del Consorcio, que la acción de repetición contra el conductor no es un supuesto de pago por tercero del art. 1158 CC. Este precepto se refiere a quien, sin tener obligación de pagar, voluntariamente cumple una deuda ajena. En los casos de controversia el Consorcio paga porque así lo dispone la ley [art. 11.1.d) LRCSCVM] y es a lo que dispone esta norma específica a lo que debe estarse por lo que se refiere a las posteriores acciones de reembolso.

Finalmente, la acción de repetición contra el conductor tampoco está amparada por el art. 43 LCS, que permite al asegurador, una vez pagada la indemnización, ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo. La acción del art. 43 permite a la entidad aseguradora que ha pagado a su asegurado dirigirse frente a los responsables para evitar que estos resulten beneficiados por el hecho de que el perjudicado tuviera un seguro de daños que haya asumido el pago de la indemnización. En nuestro caso, el Consorcio ha pagado al perjudicado porque así lo establece la ley y con los efectos en orden a la repetición que resultan de la misma ley y que ya hemos expuesto.

Por todo ello, procede desestimar el recurso interpuesto por el Consorcio de compensación de seguros y confirmar la sentencia recurrida».

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3600/2015] DE 17 DE ENERO DE 2019 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]**

*Contrato de agencia: obligaciones derivadas de la extinción unilateral del contrato. La mera ausencia de*

*preaviso, en sí misma considerada, no comporta la concesión automática de la indemnización. Ahora bien, aunque la resolución de la relación contractual pueda ser razonable en atención a los legítimos intereses del empresario, que por razones de mercado ya no necesitaba de agentes intermediadores, la falta de preaviso, que permita a los agentes reorientar su actividad comercial, sí supone una infracción de los deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de la relación contractual. Además, los perjuicios derivados del incumplimiento del preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante. En este sentido, acudir al beneficio medio mensual obtenido durante los últimos cinco años del contrato de agencia, y proyectarlo sobre los seis meses posteriores al preaviso en que habría continuado el contrato de agencia, puede ser una manera razonable y correcta, aunque no la única, de calcular estimativamente el beneficio dejado de obtener con el incumplimiento del deber de preaviso.*

«En síntesis, las entidades Nubeco Alimentación S.L. y Adquiven S.L., agentes de la entidad Verdú Cantó Saffrons Spain S.L., (en adelante Verdú), presentaron contra esta una demanda de acción de cumplimiento de obligaciones derivadas de la extinción unilateral del contrato de agencia.

En lo que aquí interesa, entre otras pretensiones, solicitaron una indemnización por haberse llevado a cabo la resolución del contrato sin el preaviso debido. En el caso de Nubeco Alimentación S.L., la indemnización solicitada fue de 41.734,38 €, por la falta de preaviso de al menos 6 meses, y en el caso de Adquiven S.L., de 1.573,40 €, por la falta de preaviso de al menos 2 meses. Nubeco también solicitó la indemnización por clientela por un importe de 83.468,78 €.

Verdú se opuso a la demanda.

2. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. En lo que aquí interesa, con relación a la indemnización por falta de preaviso, aunque declaró que no resultaba controvertido que la demandada no respetó el plazo de preaviso, consideró que el hecho de resolver el contrato sin el preaviso previsto en la ley no generaba, con carácter automático, la obligación de indemnizar cuando no se acreditaba que la extinción del contrato hubiese reportado daños y perjuicios para los agentes. Con relación a la indemnización por clientela consideró que no concurrían los requisitos para su concesión.

3. Interpuesto recurso de apelación por las demandantes, la sentencia de la Audiencia lo estimó en parte, tanto con relación a la indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso, como con relación al derecho de indemnización por clientela, si bien rebajando dicha indemnización al 50% de la cantidad solicitada. Respecto a la indemnización por clientela, declaró lo siguiente:

"Esta Sección de la Audiencia se alinea con la doctrina jurisprudencial mayoritaria y considera, en efecto, que el incumplimiento del plazo de preaviso legalmente establecido ocasiona un daño que ha de ser indemnizado; y que esta indemnización; que se ve referida en la mayor parte de los casos al lucro cesante, ha de alcanzar al importe de las comisiones que el agente habría previsiblemente obtenido si la empresa hubiera adecuado su actuación a los parámetros legales que rigen la resolución contractual. "Es por ello que el cálculo del importe de la indemnización, por este concepto, que hace la demandante (que diferencia entre NUBECO, para la que toma en consideración un plazo de seis meses, por tener el contrato una vigencia superior a seis años; y para ADQUIVEN, dos meses, por tener el contrato dos años de antigüedad), y que se estima, con criterio dispar del juzgador de instancia, suficiente y debidamente probado por la pericial que se acompaña a la demanda (no contradicho por medio probatorio alguno articulado de contrario) acredita cumplidamente el importe de la indemnización que, por este concepto, le ha de corresponder. Dicha pericial procede, correctamente, a calcular el importe medio anual, y luego mensual de las comisiones devengadas en los cinco últimos años de vigencia de contrato, obteniendo el importe mensual que luego multiplica por seis o por dos, dando como resultado 41.734,38 a favor de NUBECO y 1.573,4 € a favor de ADQUIVEN, a cuyo pago se condenará a la demandada".

4. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso de casación. Recurso de casación SEGUNDO. -Contrato de agencia. Resolución del contrato sin preaviso. Alcance de la indemnización de daños y perjuicios, art. 29 de la Ley Contrato de Agencia. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

En el primer motivo la recurrente denuncia que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala respecto de la interpretación del art. 25 LCA en relación con el art. 1101 CC.

En el desarrollo del motivo destaca lo declarado en la sentencia de esta sala 480/2012, de 18 julio, en la medida que fija como doctrina jurisprudencial que de la resolución unilateral sin preaviso del contrato de agencia no deriva necesariamente un daño y, en su caso, que éste no tiene por qué coincidir con el promedio de remuneraciones percibidas por el agente durante el período de tiempo cubierto por el preaviso.

2. El motivo debe ser desestimado. La recurrente tiene razón, conforme a la doctrina contenida en la sentencia de esta sala que es objeto de cita, y reiterada en la sentencia 569/2013, de 8 de octubre, en que la mera ausencia de preaviso, en sí misma considerada, no comporta la concesión automática de la indemnización al amparo del art. 29 LCA.

Sin embargo, lo expuesto no obsta para que la jurisprudencia de esta sala haya considerado el preaviso como una exigencia derivada del principio de buena fe contractual con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles, (entre otras, sentencias 480/2012, de 18 de julio, y 317/2017, de 19 de mayo). Aunque es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de una conducta desleal o de mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios ( STS 130/2011, de 15 de mayo).

En nuestro caso, aunque en sí misma la resolución de la relación contractual es razonable en atención a los legítimos intereses del empresario, que por razones de mercado ya no necesitaba de agentes intermediadores, sin embargo la falta de preaviso, que permitiera a los agentes reorientar su actividad comercial, sí supone una infracción de los reseñados deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de una relación contractual como la presente, sin que concurra ninguna circunstancia que justifique su omisión.

3. También cabe señalar, conforme a la jurisprudencia de esta sala contenida en la sentencia núm. 569/2013, de 8 de octubre, que los perjuicios derivados del incumplimiento de este preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al

lucro cesante, al amparo de lo previsto en el art. 1106 CC, tal y como es interpretado por la jurisprudencia.

Por lo que, en contra de lo sustentado por la recurrente, toda vez que la sentencia recurrida tiene por acreditada la producción de dichos daños, procede su correspondiente resarcimiento.

4. Con relación al lucro cesante, esto es, con la determinación o cálculo de la ganancia que haya dejado de obtener el agente, o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el agente esperaba obtener y que se han visto frustrados por la resolución unilateral del empresario, sin el debido preaviso, esta sala ha considerado que acudir al beneficio medio mensual obtenido durante los últimos cinco años del contrato de agencia, y proyectarlo sobre los seis meses posteriores al preaviso en que habría continuado el contrato de agencia, puede ser una manera razonable y correcta, aunque no la única, de calcular estimativamente el beneficio dejado de obtener con el incumplimiento del deber de preaviso, conforme a la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las sentencias 569/2013, de 8 de octubre; y 317/2017, de 19 de mayo.

5. En el presente caso, una vez acreditada la existencia de los perjuicios derivados de la falta de preaviso, la sentencia de la Audiencia efectúa el cálculo del lucro cesante de los agentes conforme a la doctrina expuesta de esta sala, por lo que dicho cálculo resulta correcto y ajustado.

6. En el segundo motivo, la recurrente denuncia que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala sobre la interpretación del art. 28 LCA. Cita en apoyo de sus tesis las sentencias de esta sala de 4 de enero y 15 de noviembre de 2010 y 11 de noviembre de 2011, en las que se fija como doctrina jurisprudencial que la indemnización por clientela requiere no sólo que el agente hubiera aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente y que la indemnización resulte equitativamente procedente por las comisiones que pierda, sino también que la actividad anterior del agente pueda continuar produciendo ventajas al empresario que, además, habrán de ser sustanciales.

En el desarrollo del motivo, la recurrente argumenta que la sentencia recurrida no ha razonado y justificado, con base en las pruebas realizadas, un pronóstico razonable de que el empresario seguirá aprovechándose sustancialmente de la actividad generada por el agente.

7. El motivo debe ser desestimado. La recurrente, en el desarrollo del motivo, plantea una revisión completa de la prueba realizada en segunda instancia,

planteamiento que resulta improcedente en el marco de ese recurso de casación (art. 483.2. 4.º LEC)».

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 470/2016] DE 22 DE ENERO DE 2019 [Ponente: M.ª de los Ángeles Parra Lucán]**

*Planes de pensiones y seguro de vida: exigencias mínimas de información a cargo del deudor y percepción de los derechos consolidados por los partícipes en planes y fondos de pensiones en el caso de que se opte por la modalidad de renta asegurada cuando se produce la jubilación. Sin una explicación e información adecuadas no es fácil deducir que el plan de pensiones se va a «convertir» en un seguro de vida y que se requiere la supervivencia del asegurado durante un plazo determinado para que no se extinga el derecho al cobro de la renta. La novación del negocio jurídico no es válida cuando no puede entenderse consentida por el acreedor.*

«La cuestión jurídica que se plantea en este recurso versa sobre los deberes de transparencia e información a los partícipes de un plan de pensiones individual promovido por una entidad financiera acerca de las características y riesgos de las diferentes modalidades de percepción de las prestaciones una vez producida la contingencia de la jubilación.

El presente recurso de casación trae causa de la demanda de juicio ordinario promovida por tres hermanas (D.ª Milagros, D.ª Mónica y D.ª Noelia) contra la promotora de planes y fondos de pensiones Ibercaja Banco S.A. y contra su gestora, Ibercaja Pensiones S.A. Las demandantes, en su condición de herederas del partícipe en un plan y posterior beneficiario, solicitaron que se condenara a las demandadas al pago de las rentas devengadas y no satisfechas desde la muerte de su padre quien, llegada su jubilación, había optado por la modalidad de cobro en forma de renta asegurada mensual y fija durante quince años y había designado como beneficiaria, para el caso de fallecimiento, a su esposa, que falleció antes que él.

1.-Constituyen hechos necesarios para la comprensión del procedimiento, tal y como recoge la sentencia de apelación a partir de la prueba documental, los siguientes:

"a) En fecha 27 de diciembre de 1994 D. Eliseo, padre de las demandantes, se adhirió al plan individual de pensiones denominado "Plan Ibercaja Pensión" (PIP 1),

número de registro 74. Con fecha 19 de diciembre de 1997 lo hizo al denominado "Plan Ibercaja Pensión III" (PIP 3), número de registro 1207.

"b) En fecha 26 de mayo de 2003, con motivo de su jubilación, pasa de ser partícipe a ser beneficiario y, mediante solicitud escrita firmada en ambos planes, interesa el pago de la prestación en ambos planes, bajo la modalidad de renta asegurada mensual y fija durante quince años con reversión del 100% en caso de fallecimiento en favor de su esposa (D. Herminia), pendiente de fijar el importe exacto de la renta del hecho de que la entidad aseguradora elegida suministrarse a la entidad Gestora del Plan de Pensiones los datos de la póliza.

"c) En fecha 29 de agosto de 2003 se le notifica al Sr. Eliseo que se han formalizado ambos planes con la compañía de seguros Caser Ahorroida, S.A. con fecha 26 de agosto de 2003 mediante un contrato de seguro por el importe de sus derechos consolidados en los planes que ascendían a 30.323,62 euros en el primero y 5.924,42 en el segundo, con las características que figuran en los certificados individuales emitidos, siendo tomador de los seguros la entidad demandada, ahora Ibercaja Banco, S.A. (entonces Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y La Rioja), como asegurado D. Eliseo, de forma que, si falleciese el asegurado, su esposa, percibiría el 100% mensual y constante de los importes aplicados (199,06 euros y otros 38, 39, respectivamente) hasta la fecha del vencimiento indicado (01/07/2018). En los contratos (docs. 8 y 9) se refiere, asimismo, respectivamente, como "beneficiarios" del seguro a Ibercaja Pensiones, F.P. y a Ibercaja Pensiones III, F.P.

"d) Se hizo entrega al beneficiario de los certificados individuales de las pólizas de seguro colectivo de vida de las que la entidad gestora era tomadora, n.º NUM000 y NUM001. El contrato con seguros Caser Ahorroida tomaba efecto el 1 de julio de 2003 con vencimiento el 1 de julio de 2018.

"e) El 7 de febrero de 2008 fallece la esposa, madre de las demandantes.

"f) El 28 de mayo de 2010 fallece el Sr. Eliseo, padre de las demandantes.

"g) Con fecha 9 de junio de 2011 las demandantes instan a Ibercaja Banco el pago de las rentas cuyo abono había cesado con el fallecimiento del Sr. Eliseo. Mantienen las demandantes que su condición de herederas de sus padres y el contenido del

condicionado e indicaciones de los Planes de Pensiones suscritos con su padre les legitima para reclamar para sí las prestaciones no satisfechas y, subsidiariamente que se acoja la acción de enriquecimiento injusto respecto de los demandados".

2.-El 5 de diciembre de 2013, las hijas del Sr. Eliseo presentaron una demanda contra Ibercaja Banco S.A. y contra la gestora de planes y fondos de pensiones Ibercaja Pensiones S.A.

Alegaron que no existía fundamento jurídico para sostener que se extinguió el derecho al cobro de la pensión, pues tal extinción no estaba prevista en los reglamentos de los planes de pensiones ni le fue explicada a su padre, que les advirtió que la renta de los planes se cobraría hasta 2018.

Las demandantes invocaron como primer fundamento de su pretensión los condicionados generales o reglamentos de los dos planes de pensiones contratados por el Sr. Eliseo, la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones. Argumentaron, en primer lugar, que conforme al art. 10.1.b) del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, "en caso de fallecimiento del beneficiario, las especificaciones podrán prever la reversión de la renta a otros beneficiarios previstos o designados" y que, en el caso, el art. 12 apartados 4 y 5 de los reglamentos de los planes de pensiones de Ibercaja expresamente prevén un orden de prelación a favor del cónyuge, hijos, padres del partícipe y, en defecto de los anteriores, de los herederos testamentarios o legales. Sostuvieron que, en consecuencia, tras el fallecimiento de la inicial beneficiaria sin que se designara otro beneficiario, correspondía a las hijas, como herederas testamentarias del partícipe, la condición de beneficiarias.

Las demandantes invocaron también los preceptos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, sobre información precontractual, equilibrio de las prestaciones (arts. 2, 7 y 10), claridad de las condiciones generales de los contratos (art. 61 y ss. del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) y el art. 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro. Argumentaron que las especificaciones de los planes son condiciones generales incorporadas a los contratos y que en el

caso resultaban oscuras, por lo que su interpretación no podía favorecer a quien había ocasionado la oscuridad dando lugar a un desequilibrio de las prestaciones. Añadieron que las cláusulas de los contratos referidas a los derechos de los partícipes y los beneficiarios adolecían de falta de claridad, que los contratos ideados por las demandadas no respetaban el equilibrio entre las aportaciones realizadas y las prestaciones y que el contrato lo que pretendía era la formación de un capital, no la cobertura de un riesgo.

Las demandantes afirmaron que, producido el 7 de febrero de 2008 el fallecimiento de la esposa del Sr. Eliseo y madre de las demandantes, que había sido designada por aquel como beneficiaria, Ibercaja debió extender la condición de beneficiarias a las actrices, herederas de ambos. Añadieron que, en cualquier caso, eso es lo que resultaba no solo de la práctica habitual de las pólizas del mercado de previsión individual sino también del propio reglamento general del plan de pensiones de las demandadas que, a falta de designación expresa de beneficiarios, consideraba como tales a los herederos del partícipe en el fondo, lo que en el caso debía interpretarse en el sentido de que eran beneficiarias las hijas, toda vez que la designación de la esposa del Sr. Eliseo como beneficiaria devino ineficaz por haber premuerto a su esposo.

Argumentaron que la misma solución resultaba de aplicación analógica de las normas de sucesiones, habida cuenta de que las relaciones contractuales no habían agotado sus consecuencias económicas, por lo que resultaban exigibles por las herederas.

3.-La parte demandada se opuso alegando que, producida el 26 de mayo de 2003 la contingencia de la jubilación del Sr. Eliseo, en la oficina de Ibercaja se le explicaron las modalidades de cobro de las prestaciones y que el partícipe optó por el cobro en forma de renta asegurada con una periodicidad mensual y una duración de quince años, y solo para el caso de fallecimiento se pactó que la renta fuera reversible a su esposa, lo que permitía concluir que no quiso poner a nadie más como beneficiario.

La parte demandada explicó que el 26 de agosto de 2003 se formalizaron dos contratos de seguro amparados en las pólizas de seguro de vida colectivo y que el 29 de agosto se remitieron al Sr. Eliseo dos cartas informándole de tal formalización y adjuntando los certificados individuales de los seguros de vida concertados con Caser. Añadió que el Sr. Eliseo firmó su conformidad al pie de las cartas, en las que se

indicaba "conozco y acepto que esta elección es inmodificable". También que en las condiciones especiales de la póliza del seguro colectivo de vida se estipulaba que "la renta se extingue totalmente cuando, habiendo fallecido el primer beneficiario, también fallezca el beneficiario a los efectos de la reversión o por alcanzarse la fecha prevista de vencimiento en el contrato, cesando automáticamente toda obligación de pago por parte de Caser".

Alegó que, producida la jubilación, el Sr. Eliseo dejó de ser partícipe de los derechos consolidados en los planes y se convirtió en beneficiario y sus derechos fueron transmitidos a Caser en concepto de pago de prima de los seguros de vida, de modo que Ibercaja dejó de asumir toda obligación económica respecto del pago de los derechos del Sr. Eliseo y tal obligación de pago en forma de renta asegurada recayó en Caser. Razonó que en el art. 12 de las especificaciones del boletín de adhesión al plan se prevé que "en caso de prestaciones en forma de renta asegurada los beneficiarios en caso de fallecimiento serán los que haya previsto el asegurado al formalizar la correspondiente póliza de seguro".

Añadió que las demandantes habían reclamado previamente ante la Dirección General de Seguros y que esta confirmó la postura de las demandadas en el sentido de considerar que el partícipe fallecido había suscrito dos pólizas de seguro para el caso de supervivencia, en las que se estipuló la reversión de la renta únicamente a favor de su cónyuge en caso de fallecimiento por lo que, al haber premuerto el cónyuge del asegurado, la renta se extinguió en el momento en el que falleció este último. En su contestación, la Dirección General explicó igualmente que no hubo enriquecimiento de las demandadas, puesto que la totalidad de los derechos consolidados se utilizaron para pagar las primas de las pólizas y las prestaciones recibidas por el asegurado hasta su fallecimiento se correspondían con el valor actuarial capitalizado.

La parte demandada negó la legitimación activa de las demandantes por considerar que su padre dejó de ser partícipe cuando rescató los planes de pensiones al producirse la contingencia de la jubilación, por lo que ninguna acción podía ejercerse respecto de los planes; negó igualmente su legitimación respecto del seguro porque no habían sido designadas beneficiarias.

La parte demandada negó también la legitimación pasiva de Ibercaja Banco, por no ser esta entidad la obligada al pago de la renta, ya que había actuado solo

como promotora o comercializadora de los planes contratados por el Sr. Eliseo. Alegó litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada Caser, habida cuenta de que el contrato de seguro por el importe total de los derechos consolidados en los dos planes se formalizó con esta entidad.

4.-La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró a las demandantes beneficiarias por partes iguales de las rentas de los planes de pensiones suscritos por su padre hasta el momento de su vencimiento el 1 de julio de 2018, más intereses legales.

En síntesis, el Juzgado razonó: i) que las demandantes estaban legitimadas porque lo que se discutía era la extinción de los derechos derivados de los planes de pensiones concertados por su padre con las demandadas y las demandantes eran herederas tanto de su padre como de su madre, que había sido designada como beneficiaria; ii) al haber premuerto la beneficiaria designada por el Sr. Eliseo, las hijas herederas de ambos tenían la condición de beneficiarias aun cuando no se las hubiera designado expresamente; apoyó tal conclusión en las especificaciones de los planes de pensiones, en concreto en sus arts. 10 y 12; iii) que el hecho de que las prestaciones de los planes se vinieran realizando en forma de renta asegurada era una opción que no podía perjudicar al beneficiario fallecido ni a sus herederos, ya que "la intención de los planes" (sic) es que continúen con las personas que reúnan los requisitos para ser beneficiarios; iv) que, si bien se le comunicó al Sr. Eliseo la celebración de los seguros, no constaba que se le enviara certificación de los mismos como exige el art. 10 de las especificaciones de los planes, pues las pólizas de seguro aportadas en la contestación a la demanda no están firmadas por el asegurado Sr. Eliseo; v) que no había quedado acreditado que se le hubiera informado o se le facilitara poder designar a otros beneficiarios distintos del que figuraba en el plan de pensiones tras el fallecimiento de su esposa, a pesar de ser un derecho reconocido en los arts. 10 y 12 de las especificaciones.

5.- Las demandadas recurrieron en apelación.

Alegaron: i) infracción de la doctrina del Tribunal Supremo, que apoyaron con la cita de la sentencia 570/2008, de 12 de junio, que consideró que el clausulado del plan de pensiones fue objeto de novación al tiempo de jubilarse el partícipe y optar por una renta temporal a extinguir en el momento de su fallecimiento; ii) error en la interpretación contractual

e inaplicación de la legislación del seguro; razonaron que los contratos celebrados eran seguros de vida, regulados por el art. 83 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, que contempla el seguro por el que se paga una renta en caso de supervivencia del asegurado; iii) error en la valoración de la prueba, ya que de los certificados individuales de las pólizas de seguro resultaba que el Sr. Eliseo tenía derecho a una renta periódica sobre dos cabezas (él y su esposa) derivada del contrato de seguro; iv) contravención del criterio de la Dirección General de Seguros, que consideró que, premuerta la esposa, la renta quedó extinguida desde el fallecimiento del asegurado; v) tanto las demandadas como Caser han cumplido las obligaciones de información previstas en la legislación reguladora de seguros y de planes de pensiones porque en los certificados individuales y en las pólizas de seguros colectivos figuraban las condiciones y consta la manifestación suscrita por el Sr. Eliseo de que "conozco y acepto que esta elección es inmodificable"; vi) reiteraron la falta de legitimación pasiva de las demandadas puesto que, al rescatar el plan, el Sr. Eliseo entregó a Caser los derechos consolidados como prima única para concertar los seguros de vida, extinguiendo la relación con las demandadas y dando lugar a una nueva relación del Sr. Eliseo con Caser; alegaron que de esta falta de legitimación pasiva resultaba también la falta de legitimación activa de las herederas del Sr. Eliseo, pues invocaban un contrato que su causante había extinguido.

6.-La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de primera instancia, desestimado la demanda.

La sentencia de la Audiencia Provincial rechazó las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas por las demandadas: la legitimación activa de las demandantes derivaría de su condición de herederas de sus padres fallecidos, en la medida que reclamaban una prestación no satisfecha a aquellos; la legitimación pasiva de las demandadas resultaría de su condición de partes del contrato o negocio jurídico de adhesión celebrado con el padre de las demandantes y que les obliga a cumplir las prestaciones pactadas.

Sin embargo, razonó que las aportaciones a los planes de pensiones se entregaron como prima única en sendas pólizas de seguro colectivo de vida temporal, de tal manera que los asegurados y las personas en cuyo favor se establecía la reversión tenían garantizada por la entidad Caser la percepción de una

renta constante durante un máximo de quince años como prestación del seguro de vida suscrito, seguro que se extinguía con el fallecimiento del asegurado y su beneficiario.

Basó su razonamiento en las siguientes consideraciones:

i) Las demandantes no tienen en su calidad de herederas legitimación para reclamar el cumplimiento de los contratos de seguro celebrados por su padre mediante la adhesión a las pólizas colectivas que establecían obligaciones distintas a las previstas en el condicionado de los planes de pensiones.

ii) Las demandadas no pueden ser responsables del cumplimiento de unos contratos de seguro en los que no son parte.

iii) Al parecer, pues las pólizas de seguro colectivo de vida temporal aportada así lo prevén, el cálculo de la pensión constante había de fijarse atendiendo a criterios actuariales, de ahí que la identidad de los asegurados y su edad no fueran datos irrelevantes y no pudieran las actoras subrogarse en tal contrato de seguro en el que no estaba prevista esta posibilidad.

iv) Aunque alegan las demandantes que el pago de las rentas constantes lo hacía Ibercaja Banco, lo cierto es que en los documentos bancarios aportados solo parece hacerse constar en el apunte bancario "Pensión Plan Ibercaja de Pensiones III" y "Pensiones Plan Ibercaja de Pensiones", que era también la denominación de los tomadores de los dos seguros de vida suscritos mediante póliza colectiva que afectaban al padre y madre de los fallecidos "C.C.P.P. Ibercaja pensiones I" y "C.C.P.P. Ibercaja pensiones III".

v) Literalmente la Audiencia concluyó: "En consecuencia, no puede prosperar la acción de los actores frente a los que no son partes en el contrato que vincula a su padre con terceros, un contrato de seguro, y no directamente un contrato o negocio jurídico con las entidades demandadas".

La Audiencia finalizó afirmando, en primer lugar: "Dado que se exigía el cumplimiento de un contrato que no existía ya entre ambos, en cuanto las aportaciones se convirtieron en prima única de los contratos de seguro suscritos, no puede prosperar la demanda y consecuentemente el recurso ha de ser estimado". Y también que: "Dado que lo que se ha exigido es el cumplimiento de dos contratos que se alegaban existentes y no la ineficacia de unos

contratos de los que se afirmaba ignorar su existencia y sobre los que pudieran existir dudas por parte de los actores sobre la plenitud de la información precontractual suministrada en el consentimiento prestado por el beneficiario de los planes de pensiones, la acción ha de ser íntegramente desestimada".

7.- Las demandantes interponen recurso de casación.

SEGUNDO. -Formulación del recurso de casación y oposición de las recurridas 1.-El recurso de casación de las demandantes, al amparo del art. 477.2. 3.º LEC, se funda formalmente en tres motivos que, en realidad, son dos.

i) En el motivo primero la parte recurrente denuncia infracción del art. 1257CC. Como fundamento del interés casacional se citan las sentencias de esta sala de fechas 23 de julio de 1999, 15 de marzo de 1994, 11 de octubre de 2005 y 19 de junio de 2006, de las que resulta la doctrina de que no puede afectar lo estipulado en un contrato a quien no intervino en su otorgamiento.

En el desarrollo del motivo se razona que la demanda se basaba en la exigencia de cumplimiento de las obligaciones de pago derivadas de los planes de pensiones suscritos por el padre de las demandantes con Ibercaja y que la sentencia recurrida rechazó esta pretensión con apoyo en unos contratos de seguro que Ibercaja, como tomadora, contrató con Caser. Argumenta que los contratos de seguro no vinculaban al padre de las demandantes, que no los suscribió, ni se le proporcionaron las condiciones generales ni particulares, sino tan solo una comunicación que ni demuestra el conocimiento exacto de las condiciones de la póliza ni permite deducir que en caso de premoriencia de la esposa el capital pendiente de rescatar al fallecimiento del Sr. Eliseo pasaría a Ibercaja.

ii) En el motivo segundo la parte recurrente denuncia infracción de los arts. 1203 y 1205 CC. Como fundamento del interés casacional cita las sentencias de esta sala de fechas 11 de mayo de 1992 y 13 de febrero de 2009, relativas a la necesidad de consentimiento expreso del acreedor para que se produzca el cambio de deudor.

En el desarrollo del motivo se razona que no hubo novación de lo inicialmente pactado en los planes de pensiones porque no hubo consentimiento para ello por parte del Sr. Eliseo, puesto que los contratos de

seguro se concertaron entre la deudora (Ibercaja e Ibercaja Pensiones) y la aseguradora Caser.

iii) Bajo el título de "motivo tercero", sin denunciar infracción de norma jurídica aplicable al caso, la parte recurrente solicita la fijación de doctrina legal en materia de percepción de los derechos consolidados por los partícipes de planes y fondos de pensiones. En particular, solicita que se establezcan las exigencias mínimas de información para evitar que el momento del pago sea utilizado por el deudor para trocar el acto jurídico del pago por la celebración de un nuevo contrato, con renuncia de los derechos consolidados.

2.-Ibercaja Banco se opone al recurso alegando: i) que el recurso modifica sustancialmente la pretensión inicial de las demandantes, que en su demanda solicitaron que se reconociera su derecho a ser beneficiarias de los planes de pensiones y ahora solicitan que se valore si la documentación entregada cumplía la normativa de protección del consumidor; ii) que el recurso modifica la valoración de la prueba llevada a cabo en la instancia;

iii) que no se infringe el art. 1257 CC porque los planes se extinguieron y en cambio los contratos de seguro por adhesión del padre a unas pólizas colectivas estaban vigentes, por lo que sería de aplicación la regulación del contrato de seguro; iv) al motivo segundo se opone razonando que no se infringen los arts. 1203 y 1205 CC y que, para un supuesto idéntico al presente, la sentencia 570/2008, de 12 de junio, declaró que el plan de pensiones fue objeto de una novación cuando se pactó el cobro de una pensión de jubilación mediante una renta temporal de cuantía variable; v) al motivo tercero se opone reiterando que los planes de pensiones se extinguieron en el momento de la adhesión a los seguros de vida.

3.-Ibercaja Pensiones, se opone al recurso alegando: i) que no parte de los hechos probados y trata de convertir la casación en una tercera instancia, pues la sentencia considera que sí existen los contratos de seguro; ii) que no se infringe el art. 1257 CC porque el padre de las demandantes era asegurado de Caser en virtud de su adhesión al seguro colectivo de vida, por lo que es aplicable esta regulación; iii) que no se infringen los arts. 1203 y 1205 CC y, para un supuesto idéntico al presente, así lo consideró la sentencia 570/2008, de 12 de junio;

iv) al motivo tercero se opone alegando que no se trata de una materia litigiosa en la que deba fijarse doctrina.

TERCERO. -Decisión de la sala. Estimación del recurso de casación

1.-Admisión del recurso. Cuestión jurídica. Extinción del plan de pensiones al producirse la contingencia de la jubilación y optar el partícipe en el plan y beneficiario del mismo por la modalidad de renta asegurada. Sustitución por un seguro de vida mediante adhesión a un seguro colectivo de vida.

Los escritos de oposición alegan alguna causa que, de concurrir, sería causa de inadmisión y sobre la que nos vamos a pronunciar en primer lugar para rechazarla.

En efecto, contra lo que afirma una de las recurridas, no hay en el recurso una modificación de la pretensión inicial sostenida en la demanda. En el suplico del recurso se solicita la casación de la sentencia recurrida y la confirmación de la de primera instancia, que reconoció el derecho de las demandantes a ser consideradas beneficiarias de las rentas correspondientes a los planes de pensiones concertados por su padre, tal y como se había suplicado en la demanda rectora del procedimiento, en la que se invocó, junto a otros fundamentos, la normativa de protección del consumidor sobre información precontractual y cláusulas abusivas.

En los dos primeros motivos del recurso se plantean cuestiones jurídicas acerca del razonamiento en el que la sentencia recurrida sustenta la desestimación de la pretensión de las demandantes. Se trata de una cuestión propia del recurso de casación puesto que, partiendo de los hechos probados, de lo que se trata es de valorar si la opción realizada por el Sr. Eliseo por la modalidad de percepción de la renta, una vez que se hubo jubilado, debe conducir, como considera la sentencia recurrida, a prescindir de toda consideración sobre los planes de pensiones concertados. En el recurso, además, se denuncian como infringidos los arts. 1257, 1203 y 1205 CC, normas jurídicas que están directamente relacionadas con el razonamiento en el que basa su decisión la Audiencia, que considera que la celebración de un contrato de seguro entre Ibercaja y Caser dio lugar a la extinción de la relación que mediaba entre el causante de las demandantes e Ibercaja.

Procede, en consecuencia, entrar en el fondo de las cuestiones planteadas en el recurso y, por las razones que se exponen a continuación, estimarlo.

2. - Estimación del recurso. Necesidad de información por parte de las entidades promotoras,

comercializadoras o gestoras sobre los riesgos de la modalidad escogida para el cobro de la prestación por el beneficiario del plan una vez producida la contingencia de la jubilación.

La sentencia recurrida desestima la demanda porque entiende que no puede prosperar la acción de cumplimiento de unos contratos extinguidos, lo que basa en el argumento de que la opción por la modalidad de renta asegurada dio lugar a la extinción de los planes de pensiones concertados con las demandadas y a la celebración de unos contratos de seguro con un tercero. El razonamiento de la sentencia recurrida, en definitiva, parte de la extinción de la relación jurídica entre las demandadas (promotora-comercializadora y gestora-administradora del fondo) y el partícipe en el plan y causante de las demandantes, una vez que este último optó por la "renta garantizada por una entidad aseguradora", única entidad con la que a partir de ese momento habría pasado a tener una relación jurídica, la de seguro.

Partiendo de los hechos probados, esta sala considera que el razonamiento de la Audiencia no es correcto por las consideraciones que se exponen a continuación.

i) Las especificaciones de los dos planes a los que se adhirió el Sr. Eliseo establecían como "derechos del beneficiario": "Una vez producida y comunicada la contingencia, el beneficiario del plan deberá recibir información apropiada sobre la prestación y sus posibles reversiones, sobre las opciones de cobro correspondientes, en su caso, y respecto del grado de garantía o del riesgo de cuenta del beneficiario. En su caso, se le hará entrega al beneficiario del certificado de seguro o garantía, emitido por la entidad correspondiente. Dicho certificado deberá informar sobre la existencia, en su caso, del derecho de movilización o anticipo de la prestación y los gastos y penalizaciones que en tales casos pudieran resultar aplicables" (art. 10 de las especificaciones del Plan Ibercaja Pensiones)".

Esta especificación coincide con lo dispuesto en el art. 48.5 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones, que desarrolla el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

La exposición de motivos del mencionado Real Decreto 304/2004 confirma la trascendencia de los deberes de información cuando afirma que, "de la regulación de estos sistemas cabe destacar la potenciación de la transparencia y de los derechos y obligaciones de información a los partícipes y beneficiarios, en sintonía con la previsión del legislador, y en coherencia también con las previsiones en esta materia de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero".

ii) En el caso, producida la contingencia de la jubilación, el Sr. Eliseo suscribió el 26 de mayo de 2003 un impreso con el membrete de Ibercaja titulado "solicitud de prestación de plan de pensiones". En virtud de este documento solicitó, en su condición de beneficiario del plan, "una prestación en forma de renta asegurada con las siguientes características": en el documento aparecen seleccionadas con un aspa la opción de "periodicidad mensual" (frente a la de "periodicidad anual") y la opción "duración en número de años 15" (frente a la opción "vitalicia").

En el mismo impreso se hizo constar que: "En el supuesto de fallecimiento la renta será reversible y en los porcentajes que se detallan a favor de: D. ª Herminia. Porcentaje sobre el total: 100,00%". Se decía igualmente que: "El importe exacto de la renta se me comunicará por la Entidad Gestora una vez que la Entidad Aseguradora suministre a esta los datos de la póliza".

(...) iii) La modalidad de prestación en forma de renta era una de las posibles a las que se hacía referencia en las especificaciones de los planes suscritos por el Sr. Eliseo.

El art. 19.2 ("modalidades de pago") de dichas especificaciones, de modo coherente con las posibles prestaciones que contempla el art. 10 del Real Decreto 304/2004, se refería a: a) la prestación en forma de capital (percepción de pago único); b) la prestación en forma de renta, que a su vez podía concretarse en dos formas distintas: i) la renta garantizada por entidad aseguradora (rentas de cuantía constante, con posibilidad de variación en progresión aritmética o geométrica, en algunas modalidades reversibles a favor de la persona o personas designadas por el beneficiario; para optar a esta modalidad el beneficiario debe destinar un importe mínimo de sus derechos consolidados al pago de una prima única; la elección de la compañía de seguros corresponde al promotor del plan, que actuará como tomador de la

póliza del contrato de seguro de vida colectivo); ii) renta financiera no asegurada, en la que el beneficiario establece un importe determinado y la periodicidad de la renta, que se va detrayendo de los derechos económicos del beneficiario en el plan hasta su completa extinción, momento en el que cesa la obligación de pago por parte del plan, que no asume ningún riesgo actuarial; c) prestaciones mixtas; y d) prestaciones distintas a las anteriores en forma de pagos sin periodicidad regular.

A continuación, el art. 20 de las especificaciones de los planes Ibercaja, por lo que se refiere al importe de las prestaciones, añadía: que, en el supuesto de capital, el importe coincide con los derechos económicos consolidados en la fecha de pago; en el supuesto de renta garantizada por entidad aseguradora en la cantidad que determine la aseguradora de acuerdo con sus tarifas de prima única a los derechos que el partícipe destine al cobro de una renta; y, en el supuesto de renta de carácter financiero no asegurada, el importe de la prestación es el elegido por el beneficiario, de modo que los derechos económicos se reajustarán en función de las cantidades pagadas por esta prestación y los rendimientos imputados a tales derechos.

Sin duda, cada una de estas modalidades de cobro presenta ventajas y riesgos, y la valoración de la mejor forma de cobrar dependerá en cada caso de las necesidades del beneficiario. Las negativas consecuencias fiscales asociadas al cobro del capital de una sola vez pueden verse contrarrestadas por la obtención de una liquidez inmediata, en función de los ingresos del beneficiario, e incluso del momento en el que se hayan realizado las aportaciones, dadas las modificaciones legislativas que continuamente se suceden en este ámbito. La opción por una renta temporal, o vitalicia, de cuantía y duración garantizada, o bien rentas financieras cuya cuantía o duración no están garantizadas, sino que dependen de la evolución del valor y rentabilidad del fondo de pensiones, son opciones que en cada caso deben ser valoradas en atención a las circunstancias del beneficiario para lo que es preciso que cuente, como se dirá más adelante, con un conocimiento de los riesgos asociados a cada modalidad.

iv) En contestación a la mencionada solicitud suscrita por el Sr. Eliseo el 26 de mayo de 2003, Ibercaja Pensión S.A., la entidad gestora de fondos de pensiones, le remitió dos notificaciones, una para cada plan contratado, fechadas a 29 de agosto de 2003.

(...) En las cartas enviadas por la gestora de los fondos el 29 de agosto de 2003 se comunicaba al Sr. Eliseo la formalización de un seguro con Caser por el importe de sus derechos consolidados en cada uno de los dos planes de pensiones y se recogían como características del seguro las siguientes: Ibercaja es tomadora del seguro, el Sr. Eliseo es el asegurado y el propio "Plan Ibercaja de Pensiones" es el beneficiario.

Se especificaba que el pago de la renta sería mensual durante 15 años y se hacía constar la "reversibilidad del 100% sobre D.ª Herminia".

En estas comunicaciones enviadas por Ibercaja Pensión S.A. al Sr. Eliseo se indicaba que se adjuntaban los certificados individuales de adhesión.

v) Los certificados individuales emitidos por la aseguradora Caser, y que constan en las actuaciones aportados por las demandadas, no están suscritos por el Sr. Eliseo.

Estos certificados individuales reproducen las características resumidas en la comunicación enviada por Ibercaja Pensión en el sentido de que Ibercaja es tomador del seguro, el Sr. Eliseo es el asegurado y el Plan de Pensiones es el beneficiario.

En los certificados, además, se concreta como fecha de efecto del seguro el 1 de julio de 2003 y fecha de vencimiento el 1 de julio de 2018. En los certificados, dentro de un recuadro precedido del título "prestaciones garantizadas" se indica expresamente que las cantidades de 199,06 y 38,89 euros (para cada uno de los planes contratados) lo serán "mientras el asegurado viva y como máximo hasta la fecha de vencimiento indicado".

(...) vi) Esta sala considera que de la documentación suscrita por el Sr. Eliseo no resulta por sí sola una información "adecuada" (en expresión del art. 48.5 del Real Decreto 304/2004 y del art. 10 de las especificaciones de los planes contratados) sobre las características de las opciones de cobro del plan, sin que las demandadas hayan intentado justificar de otro modo que informaran y explicaran al Sr. Eliseo sobre el riesgo de la modalidad por la que optó. En particular, en la documentación suscrita por el Sr. Eliseo no consta de manera expresa que el derecho a cobrar la renta garantizada se extinguiera si fallecían él y su esposa.

De una parte, en la solicitud de prestación firmada por el Sr. Eliseo el 26 de mayo de 2003 solo se hace

referencia a la duración de 15 años del derecho de cobro de la pensión y a la reversión en caso de fallecimiento a favor de su esposa. De otra parte, en las especificaciones de los planes contratados por el Sr. Eliseo se contempla el régimen de la "Designación de beneficiarios para la contingencia de fallecimiento" en el art. 12. En los ocho primeros párrafos de este artículo se establecen detalladamente las consecuencias del fallecimiento del partícipe, con referencia expresa a un orden de prelación a falta de designación que incluye sucesivamente al cónyuge, hijos y padres, a los herederos testamentarios y legales del partícipe. A continuación, en el párrafo noveno del mismo artículo, sin solución de continuidad, se dice que "en el caso de prestaciones en forma de renta asegurada, los beneficiarios en caso de fallecimiento serán los que haya previsto el asegurado al formalizar la correspondiente póliza de seguro".

Es decir, las especificaciones del plan contemplan bajo el título común de "contingencia de fallecimiento", sin la debida distinción, dos posibilidades distintas, en función del momento en que se produce el fallecimiento: i) que haya beneficiarios cuando fallece el partícipe (antes de producirse la contingencia), y ii) que haya beneficiarios cuando fallece el beneficiario (esto último, por tanto, se sobreentiende, una vez producida la contingencia de la jubilación y, además, para el caso de que se haya optado por una de las modalidades de cobro, la de renta asegurada).

Esta sala considera que no es razonable esperar que una persona que no sea experta en planes de pensiones deba deducir por sí misma, a partir de la información suministrada, las consecuencias del fallecimiento del beneficiario antes del plazo de 15 años previsto contractualmente para la denominada "renta asegurada". En particular, puesto que en un caso extremo esa sería la consecuencia, es preciso que se le advierta por parte de la comercializadora y la gestora que, si al día siguiente de optar por la modalidad de cobro de renta asegurada durante quince años, fallecen en un accidente el beneficiario y la persona -en el caso, su cónyuge- a favor de quien se ha establecido la reversión, se extingue el derecho al cobro de la renta, es decir, la prestación propia del plan.

Puesto que los planes de pensiones son productos que se comercializan como una forma de ahorro, para un consumidor medio sin conocimientos específicos sobre planes de pensiones -como debemos considerar

al Sr. Eliseo, puesto que no se ha dicho otra cosa-, la intervención de una aseguradora y la misma expresión "renta asegurada" evocan la garantía proporcionada por la promotora y la gestora del plan de que la renta se va a cobrar durante el plazo de quince años. Sin una explicación e información adecuada no es fácil deducir que se va a concertar un seguro de vida de modo que se requiere la supervivencia del asegurado durante el plazo de quince años para que no se extinga el derecho al cobro de la renta.

También induce a confusión la mención al "Plan Ibercaja de pensiones" como "beneficiario", tanto en el escrito de solicitud de prestación suscrito por el Sr. Eliseo como en la comunicación que le dirige a él la gestora del fondo de pensiones. La terminología utilizada se aleja de la propia del seguro de vida, en donde "beneficiario" es la persona que va a recibir el capital. Resulta además poco coherente con la posterior mención que en dichos documentos se hace a la persona a cuyo favor se establece la "reversibilidad".

La referencia en el documento de solicitud de la prestación suscrito por el partícipe ("beneficiario", en la terminología del propio plan, una vez producida la contingencia) a que será la aseguradora la que comunique el importe exacto de la renta tampoco permite deducir a quien no es experto en planes de pensiones que esa cantidad se fijará con cálculos actuariales, de modo que la cantidad que se cobrará estará en función no solo del capital ahorrado y el plazo para el que se establece la renta, sino también en función de la edad del beneficiario y de su cónyuge. Frente a estas técnicas actuariales, a las que el consumidor medio es ajeno, se impone la literalidad del impreso suscrito en el que se dice que va a recibir como prestación una renta asegurada durante quince años, lo que enlaza con naturalidad con la comercialización de los planes como productos de ahorro.

La mención a que los derechos al cobro se reconocen mientras el asegurado viva aparece expresamente por primera vez en la póliza individual (no firmada por el Sr. Eliseo) que, según refiere la comunicación enviada por la gestora del plan, se envía una vez que el partícipe, producida ya la jubilación, ha optado por la modalidad de cobro de la renta. Esta póliza reproduce en este punto una de las condiciones de la póliza de seguros de vida concertado por Ibercaja, como promotor del plan, y Caser, como aseguradora.

Cierto que en la comunicación que envía la gestora del plan, fechada a 29 de agosto y que el Sr. Eliseo devuelve firmada, en la parte inferior, a la altura de las firmas recogen la manifestación de que "conozco y acepto que esta elección es inmodificable". Sin embargo, no es correcto presumir que un consumidor sin conocimientos específicos sobre planes de pensiones pueda deducir que ese conocimiento y aceptación se refiere, no a la modalidad de pago, que fue el objeto principal de su solicitud, sino a la reversibilidad a favor de su esposa, que figura cuatro líneas más arriba de la firma. Tampoco que eso significa, en conexión con lo dispuesto en un certificado de seguro que no ha firmado y que se corresponde con una póliza que no ha contratado, que si fallecen ambos antes del plazo de quince años el derecho al cobro de la pensión se extingue.

vii) Así las cosas, sin una información adecuada, que de la propia documentación aportada no resulta -y que las demandadas no han acreditado-, la firma de "conformidad" del Sr. Eliseo a la comunicación enviada por la gestora del plan de pensiones no puede ser valorada como expresión de su consentimiento para la adhesión al seguro colectivo concertado por la promotora ni por tanto es eficaz para modificar las condiciones de la opción realizada por una renta garantizada durante quince años.

En consecuencia, no puede concluirse que se extinguiera la relación derivada del plan ni que quedara sustituida por el seguro concertado con Caser. Por lo dicho, no hubo extinción de las obligaciones asumidas por la comercializadora y la gestora del plan de pensiones ni las mismas podían exonerarse de su cumplimiento mediante la invocación del contrato de seguro que ellas habían concertado con un tercero. Al no entenderlo así la sentencia recurrida infringe los arts. 1203, 1205 CC y 1257 CC y la jurisprudencia citada por el recurrente que, de una parte, exige el consentimiento del acreedor para la novación de un negocio jurídico y, de otra, excluye que los contratos produzcan efecto respecto de terceros.

viii) Por último, puesto que las recurridas invocan en apoyo de la interpretación realizada por la Audiencia una sentencia de esta sala que consideró que el clausulado del plan de pensiones fue novado por un seguro en el momento en el que se produjo la contingencia de la jubilación, conviene señalar las diferencias entre esa sentencia y el presente caso.

En el supuesto de la sentencia 570/2008, de 12 de junio, citada por las recurridas, por contraste con lo que sucede ahora, la demanda se interpuso por el heredero del partícipe y beneficiario contra la aseguradora con la que la promotora del plan había suscrito el seguro colectivo de vida, y fueron hechos probados en la instancia que el beneficiario optó al jubilarse por una modalidad de renta vitalicia de cuantía variable pagadera hasta una fecha "siempre y cuando permanezca con vida el asegurado", tal y como constaba de manera expresa en el certificado que sí fue suscrito por el beneficiario. En esa ocasión la sentencia, teniendo en cuenta la formación del beneficiario y que contó con un previo asesoramiento en materia fiscal, entendió que no cabía duda de la validez de la novación, en atención a su capacidad de entender y querer a efectos de ligarse contractualmente.

3.-Asunción de la instancia, desestimación del recurso de apelación y confirmación del fallo de la sentencia del Juzgado, estimatorio de la demanda.

La estimación del recurso de casación determina que asumamos la instancia y desestimemos el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y, por las razones expuestas, estimemos la demanda.

Habida cuenta de la naturaleza de la modalidad de cobro de las prestaciones del plan en la forma de renta asegurada, la entidad debió informar de manera expresa y con claridad del riesgo que entraña en caso de fallecimiento del beneficiario y la persona a favor de la que se ha establecido la reversibilidad de los derechos antes de que transcurriera el plazo de tiempo de duración previsto.

Por las razones antedichas, no consta que el Sr. Eliseo fuera informado expresamente de las consecuencias patrimoniales de la opción de cobro de las prestaciones del plan en la modalidad de renta asegurada. En consecuencia, no puede entenderse que la firma de la notificación remitida por la entidad gestora tuviera la virtualidad de extinguir los derechos derivados del plan y procede entender que, de acuerdo con la información suministrada en las especificaciones del plan y en la solicitud suscrita por el Sr. Eliseo en el momento de la jubilación, el derecho a cobrar la renta mensual duraba quince años y, en consecuencia, se extinguía el 1 de julio de 2018, pasando a sus herederas el derecho a cobrar las cantidades devengadas tras el fallecimiento del Sr. Eliseo».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 4912/2017] DE 23 DE ENERO DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

*Préstamo con garantía hipotecaria: cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Inaplicabilidad y abusividad de las cláusulas que sin negociación y de manera predispuesta atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación. Se entienden por «gastos de la operación» los pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestión, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde, de modo que, una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato habrá que aplicar la legislación pertinente en cada caso para atender el pago de los gastos de la operación. Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, no se está moderando la estipulación contractual, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico. El efecto restitutorio previsto en caso de nulidad no es directamente aplicable, dado que no estamos ante abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino ante pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. Ahora bien, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho anterior a la existencia de la cláusula exige imponer a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido abonar de no haber mediado la estipulación abusiva. En definitiva, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas. -Atribución de los gastos notariales y de los gastos registrales.*

«El 2 de mayo de 2001, Caja Rural de Asturias S.C.C. (en lo sucesivo, Caja Rural), como prestamista, y D. Teodulfo y Dña. Dolores, como prestatarios, suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se incluyó la siguiente cláusula:

"QUINTA: GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO: Se pactan como gastos que expresamente asume el prestatario los siguientes: (...) gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción, modificación o cancelación, certificación del estado de cargas, así como también los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo (...). La Caja rural queda formal e irrevocablemente autorizada por el prestatario para realizar los trámites necesarios con objeto de llevar a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueran precisos para la inscripción de esta escritura a través de un Gestor administrativo, siendo de cuenta y cargo del prestatario los gastos, honorarios y tributos que se ocasionen o devenguen por tal motivo y por la inscripción de la escritura correspondiente y demás ante las Oficinas Públicas".

2.-Los Sres. Teodulfo y Dolores presentaron una demanda de juicio ordinario contra la entidad prestamista, en la que solicitaron la nulidad de la mencionada cláusula y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por los demandantes como consecuencia de su aplicación. Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, declaró la nulidad de la cláusula litigiosa y ordenó la devolución de las cantidades abonadas por su aplicación.

3.-La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación del banco, y concedió al cliente, con cargo al banco, el reintegro de la mitad de los aranceles notariales de la escritura de préstamo y constitución de hipoteca; la totalidad de los devengados por la expedición de la primera copia y copia simple de dicho instrumento; todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y la mitad de los honorarios de la gestoría que llevó a cabo la liquidación del impuesto y presentación de la escritura ante el Registro de la Propiedad.

SEGUNDO. -Primer motivo de casación. Arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13. Planteamiento:

1.-Los Sres. (...) interpusieron un primer motivo de casación, en el que denunciaron la infracción de los arts. 6.1 y 7.1 y 2 de la Directiva 93/12, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

2.-En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la declaración de abusividad de una cláusula supone su expulsión del contrato y su total inaplicación, en virtud de los principios de efectividad y no vinculación contenidos en los citados preceptos de la Directiva.

Decisión de la Sala:

1.-El art. 6.1 de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ( STJUE de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse, C-488/11 , apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08 , apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76-10, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; y 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14) afirma que el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales.

Como dice la citada STJUE de 26 de enero de 2017, el art. 6.1 "Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas".

El artículo 7.1 impone a los Estados miembros la obligación de velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. La referencia a medidas "adecuadas y eficaces" representa la manifestación positiva del principio de efectividad, inicialmente incluido en las directivas sobre antidiscriminación y que, con

posterioridad, se ha incorporado a numerosas directivas, entre ellas las relativas a consumidores, como la Directiva 93/13 y la Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, al concretar el contenido de las sanciones para los proveedores que incumplan las previsiones adoptadas por la norma nacional para aplicar la Directiva, que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2.-La sentencia recurrida no se opone a tales principios, puesto que, tras considerar abusiva la cláusula contractual que atribuía a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, la declara inaplicable. Cosa distinta es que, en cuanto a sus efectos, y dado que los gastos deberán ser abonados a terceros ajenos a los contratantes (funcionarios públicos sujetos a arancel, gestores, etc.) se determine cómo deben distribuirse tales gastos, no en función de la cláusula anulada, sino de las disposiciones legales aplicables supletoriamente. Pero ello no afecta a la correcta aplicación de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13. Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO. -Segundo motivo de casación. Abusividad de la cláusula que atribuye el pago de los impuestos al consumidor. Consecuencias. Planteamiento:

1.-El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 89.3. 3º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU), en relación con la jurisprudencia establecida en la STS 705/2015, de 23 de diciembre.

2.-En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia recurrida vulnera el citado precepto y la sentencia que se cita, al atribuir al prestatario el pago de los impuestos de la operación.

Decisión de la Sala:

1.-En primer lugar, debe advertirse que la cita del precepto infringido es incorrecta, por cuanto el contrato de préstamo es de fecha anterior al TRLUCU, por lo que éste no resulta aplicable, sino que regía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGCU).

No obstante, como hemos dicho en ocasiones similares (verbigracia, sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo), al tratarse de un texto refundido, el art. 89.3 c) no fue realmente una

norma de nuevo cuño, sino que fue reflejo de la refundición o reajuste de una norma previa. Por ello, a estos efectos, en función de la fecha del contrato (2 de mayo de 2001), deberemos tener en cuenta lo previsto en el art. 10 bis LGCU, en la redacción conferida por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1988, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que se remitía a la Disposición Adicional Primera de la propia LGCU, en la que se contenía un listado de cláusulas abusivas, entre las cuales, la 22 ["La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)"], es equivalente al actual art. 89.3 c) TRLUCU.

2.-En las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación.

A los efectos de determinar si dicha imposición produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, resulta de interés la STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12 (Constructora Principado), cuando dice:

"21. A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

"22. Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato,

por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.

"23. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

"24. En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 71).

"25. El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, apartado 44)".

3.-Bajo tales parámetros resulta claro que, si no existiera la cláusula controvertida, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que

determina su abusividad. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual.

4.-La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (único tributo al que se refiere) es el prestatario, puesto que lo único que hace es, una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento vigente en la fecha de suscripción del contrato.

5.-Desde este punto de vista, este motivo de casación también debe ser desestimado, si bien la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta sala en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuando dijimos:

"En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

"a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

"b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

"c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

"d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de

la modalidad "Actos Jurídicos Documentados" que grava los documentos notariales".

Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018.

Y no quedan cuestionadas por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.

CUARTO. -Tercer motivo de casación. Restitución de las cantidades indebidamente pagadas por los consumidores. Planteamiento:

1.-En el tercer motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 83 TRLCU, 1303 CC y 6.1 y 7.1 y 2 de la Directiva 93/13, en relación con la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

2.-En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la abusividad de la cláusula supone que no se aplique y que se restituyan sus efectos, sin posibilidad de integración.

Decisión de la Sala:

1.-El art. 83 TRLCU prohíbe la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato. Ahora bien, según su propio tenor, el contrato seguirá subsistente si puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva.

Como ya hemos indicado antes, cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestación, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. Y la declaración de abusividad

no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

2.-Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se les impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLGCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva.

No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016:

"34. [...]la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva".

Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se

trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

3.-La sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

4.-Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, "el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta".

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede

modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

QUINTO. -Gastos notariales.

1.-En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos - préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

"La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente".

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2. 4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, a un interés inferior al habitual en los préstamos sin garantía real.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.-Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.-En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.-Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

#### SEXTO. -Gastos de registro de la propiedad

1.-En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º, que:

"Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado".

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.-Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.-En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

SÉPTIMO. -Gastos de gestoría 1.-En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

2.-Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad.

OCTAVO. -Aplicación de estos criterios por la sentencia recurrida. Desestimación del tercer motivo del recurso de casación

En la medida que la sentencia recurrida no se opone a estos criterios, específicamente en la solución adoptada respecto de la distribución de gastos, este último tercer motivo de casación también debe ser desestimado».