

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 87

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

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 26 DE MARZO DE 2019 [Asuntos C-70/17 y C-179/17]

Contratos de préstamo hipotecario con consumidores: cláusulas de vencimiento anticipado. Con arreglo a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (arts. 6 y 7), debe entenderse, por un lado, que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva no puede ser conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia; y, por otro lado, que es admisible que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

«Asunto C 70/17

Mediante contrato suscrito el 30 de mayo de 2008, la entidad bancaria Abanca Corporación Bancaria concedió al Sr. García Salamanca Santos y a la Sra. Varela Pena un préstamo con garantía hipotecaria por un importe de 100 000 euros y con un plazo de devolución de treinta años.

La cláusula 6 bis de ese contrato, relativa a su resolución anticipada, tiene la siguiente redacción: «6 bis. Resolución anticipada por la entidad de crédito. La Caja, sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas

como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos:

a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la propiedad, según lo dispuesto en el artículo 693 de la [LEC].

[...]»

El Sr. García Salamanca Santos presentó una demanda ante el juzgado competente en primera instancia en la que solicitaba que se anulasen varias cláusulas de dicho contrato de préstamo hipotecario, entre ellas la cláusula 6 bis, por considerarlas abusivas.

El juzgado competente en primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad, entre otras, de la cláusula 6 bis de ese mismo contrato de préstamo hipotecario.

Abanca Corporación Bancaria recurrió en apelación la sentencia ante la Audiencia Provincial de Pontevedra, la cual desestimó el recurso mediante sentencia de 14 de mayo de 2014 confirmando, de este modo, la sentencia dictada en primera instancia.

Abanca Corporación Bancaria recurrió en casación ante el Tribunal Supremo la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra.

El tribunal remitente considera, en primer lugar, que la cláusula 6 bis es abusiva en la medida en que permite el vencimiento anticipado del contrato de préstamo hipotecario en caso de impago por el deudor de una única cuota del préstamo. Asimismo, expresa sus dudas acerca de la posibilidad, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, de declarar una cláusula contractual parcialmente abusiva, permitiendo la subsistencia de la parte de esa cláusula que no se considera abusiva. A este respecto, estima fundamentalmente que la eliminación del elemento abusivo de una cláusula

contractual y el mantenimiento del resto de su contenido que no tenga carácter abusivo no constituyen una integración o una sustitución del contenido contractual.

En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente plantea la duda de si es conforme con lo dispuesto en la Directiva 93/13 la aplicación de una disposición supletoria de Derecho nacional para permitir la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado tras ejercitarse una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo, cuyo carácter abusivo ha sido declarado por un órgano jurisdiccional nacional, en la medida en que este procedimiento se considera más favorable para los consumidores que el procedimiento de ejecución ordinaria.

En estas circunstancias, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 6.1 de la Directiva 93/13[...] en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad [de declarar el vencimiento anticipado del préstamo]?

2) ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13[...], para —una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria— poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?»

Asunto C 179/17

El 22 de junio de 2005, la Sra. Rodríguez Ramírez y el Sr. Lau Mendoza celebraron con el banco Bankia un contrato de préstamo hipotecario por un importe de 188 000 euros y con un plazo de devolución de treinta y siete años.

La cláusula 6 bis de este contrato, con la rúbrica «Resolución anticipada por la entidad de crédito», prevé lo siguiente:

«No obstante el plazo estipulado de duración del presente contrato, la Caja acreedora podrá dar por vencido el préstamo, considerándolo resuelto y anticipadamente vencida la deuda en su totalidad [entre otros supuestos] por la falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos establecidos en la cláusula [relativa a la amortización]» Tras el impago de treinta y seis cuotas por parte de los demandados en el litigio principal, Bankia presentó ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona una demanda de ejecución hipotecaria del bien sobre el que se constituyó la hipoteca en garantía del pago del préstamo concedido.

El juzgado remitente señala que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando un órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria aprecie que este procedimiento se basa en una cláusula abusiva que, en particular, permite el vencimiento anticipado del contrato de préstamo en caso de impago de una mensualidad, debe continuar dicho procedimiento en lugar de acordar el sobreseimiento de la ejecución en virtud del artículo 695, apartados 1 y 3, de la LEC. Afirma que para ello es preciso remplazar tal cláusula por la regla establecida en el artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión posterior a la firma del contrato de préstamo hipotecario mencionado en el apartado 28 de la presente sentencia, la cual permite el vencimiento anticipado del préstamo en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales.

Según el juzgado remitente, resulta de esta jurisprudencia que el sobreseimiento de la ejecución implica que el banco podría, tras acordarse dicho sobreseimiento, invocar el artículo 1124 del Código Civil, que permite ejercitar una acción tendente a que el órgano jurisdiccional competente declare resuelto el contrato. La resolución judicial derivada de esta acción podrá fundamentar un procedimiento de

ejecución ordinaria dirigido contra todos los bienes del deudor, incluida su vivienda.

El juzgado remitente señala asimismo que, según el Tribunal Supremo, cuando el bien hipotecado es la vivienda del deudor, el procedimiento especial de ejecución hipotecaria presenta diferentes particularidades dirigidas a proteger a ese deudor que no se contemplan en el procedimiento de ejecución ordinaria. Entre estas particularidades, el juzgado remitente menciona, en particular, la posibilidad de que el deudor obtenga la liberación del bien, la aplicación de un precio mínimo por debajo del cual no puede venderse la vivienda del deudor en pública subasta y la facultad de que el deudor quede liberado de su deuda cuando el importe obtenido en la subasta sea insuficiente para cubrir íntegramente el crédito.

Habida cuenta de estas particularidades, según afirma el juzgado remitente, el Tribunal Supremo ha apreciado que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria es más favorable para los intereses de los consumidores que el procedimiento de ejecución ordinaria iniciado a raíz de una acción declarativa fundada en el artículo 1124 del Código Civil.

No obstante, el juzgado remitente alberga dudas en cuanto a la compatibilidad del criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13.

Por una parte, cuestiona que el procedimiento de ejecución hipotecaria sea más ventajoso que la resolución judicial del contrato de préstamo hipotecario basada en el artículo 1124 del Código Civil y el inicio de un procedimiento de ejecución ordinaria. A este respecto, señala que en el procedimiento de ejecución ordinaria el consumidor podría, en la práctica, ganar tiempo y evitar momentáneamente que le lancen de su vivienda. Además, un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la redacción del artículo 1124 del Código Civil pone de manifiesto, según el órgano jurisdiccional remitente, que, en el caso de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de una vivienda, es relativamente probable que la acción declarativa basada en el artículo 1124 del Código Civil sea desestimada porque este artículo no es aplicable a los contratos de préstamo. Incluso en caso de que se admitiera la aplicación del artículo 1124 del Código Civil a los contratos de préstamo, el juzgado remitente indica que no cabe descartar que no prospere la acción de resolución cuando el órgano jurisdiccional considere

justificado conceder un plazo al deudor, tal como permite expresamente este artículo.

Por otra parte, según el juzgado remitente, la aplicación supletoria del artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario, en lugar de la cláusula contractual declarada abusiva resulta problemática, desde dos puntos de vista.

En primer lugar, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular su sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank (C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, EU:C:2015:21), el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional únicamente en «los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representaran para este una penalización».

En segundo lugar, el juzgado remitente señala que, suponiendo que pueda recurrirse en abstracto a la aplicación supletoria del artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario, la existencia de un convenio entre las partes es un requisito fundamental impuesto por esta disposición para su aplicación. Estima que, en el asunto del que conoce, ciertamente existía tal convenio al tiempo de la firma del contrato de préstamo hipotecario, pero precisamente dicho convenio ha sido declarado abusivo y nulo.

Por todas estas razones, que se refieren a cuestiones jurídicas que, a su juicio, pueden ser importantes en el contexto de la respuesta que deba darse a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto C 70/17, el juzgado remitente estimó oportuno y necesario presentar ante el Tribunal de Justicia una nueva petición de decisión prejudicial para que pueda, en su caso, acumularse a la petición presentada anteriormente en el asunto C 70/17.

En tales circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se opone a los [artículos] 6 y 7 de la [Directiva 93/13] una doctrina jurisprudencial ([sentencia del

Tribunal Supremo] de 18 de febrero de 2016) según la cual, a pesar de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y a pesar de tratarse de la cláusula que fundamenta la demanda ejecutiva, no debe archivarse la ejecución hipotecaria porque su continuación es más beneficiosa para el consumidor, dado que en una eventual ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento declarativo basado en el artículo 1124 [del Código Civil] el consumidor no podría beneficiarse de los privilegios procesales propios de la ejecución hipotecaria, pero sin tener en cuenta dicha doctrina jurisprudencial que, según una jurisprudencia continuada y consolidada del propio [Tribunal Supremo], este artículo 1124 [del Código Civil] (previsto para los contratos que generan obligaciones recíprocas) no es aplicable al contrato de préstamo, al ser un contrato real y unilateral que no se perfecciona hasta la entrega del dinero y que, por ello, solo genera obligaciones para el prestatario y no para el prestamista (acreedor), con lo que, de seguirse esta doctrina del mismo [Tribunal Supremo] en el proceso declarativo, el consumidor podría obtener un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión resolutoria e indemnizatoria y ya no podría sostenerse que la continuación de la ejecución hipotecaria le resulta más beneficiosa?

2) Para el caso de admitirse la aplicación del artículo 1124 [del Código Civil] a los contratos de préstamo o en todos los casos de contratos de crédito, ¿se opone a los [artículos] 6 y 7 de la [Directiva 93/13] una doctrina jurisprudencial como la indicada que no tiene en cuenta, para valorar si le resulta más beneficioso para el consumidor la continuación de la ejecución hipotecaria o más perjudicial la tramitación de un declarativo basado en el artículo 1124 [del Código Civil], que en este procedimiento puede desestimarse la resolución del contrato y la petición indemnizatoria si el tribunal aplica la previsión del mismo [artículo] 1124 [del Código Civil] según la cual “el tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”, teniendo en cuenta que precisamente en el contexto de préstamos y créditos hipotecarios para adquirir viviendas con duraciones prolongadas (20 o 30 años) es relativamente probable que los tribunales apliquen esta causa de desestimación, especialmente cuando el incumplimiento efectivo de la obligación de pago no haya sido muy grave?

3) Para el caso de aceptarse que es más beneficioso para el consumidor continuar la ejecución hipotecaria con los efectos del vencimiento anticipado, ¿se opone

a los [artículos] 6 y 7 de la [Directiva 93/13] una doctrina jurisprudencial como la indicada que aplica supletoriamente una norma legal (artículo 693.2 LEC) a pesar de que el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, y que otorga efectos a dicho [artículo] 693.2 LEC a pesar de que no se da su presupuesto fundamental: la existencia en el contrato de un convenio válido y eficaz de vencimiento anticipado, que precisamente ha sido declarado abusivo, nulo e ineficaz?»

Sobre la acumulación de los asuntos C 70/17 y C 179/17

En razón de la conexidad de los asuntos C 70/17 y C 179/17, procede, conforme al artículo 54 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, acumularlos a efectos de la presente sentencia.

Sobre las cuestiones prejudiciales.

Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial en el asunto C 179/17

El Gobierno español considera inadmisibile la petición de decisión prejudicial en el asunto C 179/17 por entender que esta tiene por objeto completar el marco jurídico expuesto por el Tribunal Supremo en el asunto C 70/17 con el fin de permitir que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos pertinentes para dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas en este último asunto. Ahora bien, según el Gobierno español, la finalidad de la remisión prejudicial consiste en obtener una interpretación del Derecho de la Unión y no en corregir el contenido de cuestiones prejudiciales formuladas en el marco de otros asuntos pendientes ante el Tribunal de Justicia. Asimismo, el Gobierno español sostiene que las cuestiones prejudiciales planteadas por el juzgado remitente se refieren únicamente a la interpretación de normas de Derecho nacional.

Tal como ha señalado el Abogado General en el punto 43 de sus conclusiones, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (sentencias de 29 de noviembre de 1978, Redmond,

83/78, EU:C:1978:214, apartado 25, y de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10, EU:C:2012:349, apartado 76 y jurisprudencia citada).

Por consiguiente, cuando la cuestión planteada se refiera a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse. El Tribunal de Justicia solo puede abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder adecuadamente a las cuestiones que se le hayan planteado (sentencias de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros, C 62/14, EU:C:2015:400, apartado 25, y de 20 de diciembre de 2017, Global Starnet, C 322/16, EU:C:2017:985, apartado 17).

En el presente caso, la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13. Asimismo, el auto de remisión expone el marco fáctico y jurídico con el detalle suficiente para permitir determinar el alcance de las cuestiones prejudiciales planteadas. Además, no se aprecia que la interpretación solicitada no tenga ninguna relación con la realidad o con el objeto del litigio principal ni que el problema sea de naturaleza hipotética.

Por último, a la luz de la jurisprudencia citada en el apartado 44 de la presente sentencia, la eventual intención del juzgado remitente de completar el marco jurídico de la petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo el asunto C 70/17 carece de pertinencia a la hora de apreciar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial en el asunto C 179/17.

De ello resulta que la petición de decisión prejudicial en el asunto C 179/17 es admisible.

Sobre el fondo.

Mediante sus cuestiones prejudiciales en el asunto C 70/17 y en el asunto C 179/17, que procede analizar conjuntamente, los órganos jurisdiccionales remitentes solicitan que se dilucide, fundamentalmente, si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, cuando una cláusula de vencimiento

anticipado de un contrato de préstamo hipotecario sea declarada abusiva, esta puede, no obstante, conservarse parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva y de que, por otra parte, de no ser así, el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de esta cláusula puede en cualquier caso seguir tramitándose aplicando supletoriamente una norma de Derecho nacional, en la medida en que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores.

Según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido (véase, en particular, la sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, EU:C:2010:309, apartado 27 y jurisprudencia citada). Habida cuenta de esta situación de inferioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En ese contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartados 42 a 48, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 40).

En el presente asunto, resulta de las apreciaciones de los órganos jurisdiccionales remitentes que las cláusulas controvertidas en los litigios principales, pese a estar inspiradas en el artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales en los que se incluyeron, deben considerarse abusivas en la medida en que establecen que la entidad financiera puede declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir la devolución del préstamo en caso de que el deudor deje de pagar una mensualidad.

En este contexto, debe recordarse en primer lugar que, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C 243/08, EU:C:2009:350, apartado 35, y de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10, EU:C:2012:349, apartado 65).

En segundo lugar, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite al juez nacional integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10, EU:C:2012:349, apartado 73, y de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 77).

Así, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tal contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10, EU:C:2012:349, apartado 69, y de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 79).

En el presente asunto, la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por lo tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto

disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia.

No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que de la jurisprudencia citada [...] no se desprende que, en una situación en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponga a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartados 80, 83 y 84).

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha considerado que tal sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional queda plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13. En efecto, se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que esta disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartados 81 y 82 y jurisprudencia citada).

Si, en una situación como la descrita [...], no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y

Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartados 83 y 84).

Por análogos motivos cabe considerar que, en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad de ese contrato, sustituya esa cláusula con la nueva redacción de esta disposición legal de referencia introducida con posterioridad a la celebración del contrato, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

En los presentes asuntos, los contratos a los que se refieren los litigios principales tienen por objeto, por un lado, la concesión de préstamos por parte de un banco y, por otro, la constitución de garantías hipotecarias relativas a tales préstamos. Las cláusulas controvertidas en los litigios principales, inspiradas en la redacción del artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente en el momento de la celebración de esos contratos, permiten fundamentalmente a los bancos en cuestión declarar el vencimiento del préstamo y exigir el pago del importe aún no satisfecho cuando deje de abonarse una cuota mensual. Incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C 453/10, EU:C:2012:144, apartado 32), si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir.

En tal supuesto, corresponderá a los órganos jurisdiccionales remitentes examinar si la anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales expondría a los consumidores en cuestión a consecuencias especialmente perjudiciales. A este respecto, resulta de los autos de remisión que tal anulación podría incidir, en particular, en los cauces procesales de Derecho nacional con arreglo a los cuales los bancos pueden reclamar judicialmente el pago de la totalidad del importe del préstamo pendiente de devolución por los consumidores. Así, en caso de anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales, el cobro

de los créditos de los bancos deberá tener lugar a través de un procedimiento de ejecución ordinaria, mientras que seguirá siendo aplicable el procedimiento especial de ejecución hipotecaria en caso de que esos contratos se mantengan sustituyendo la cláusula abusiva por la nueva redacción del artículo 693, apartado 2, de la LEC, que permite declarar el vencimiento anticipado de tales contratos en caso de impago por parte del deudor de, al menos, tres mensualidades. Según se ha señalado, estos dos procedimientos se distinguen, en particular, por la circunstancia de que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se caracteriza por la posibilidad de que el deudor libere el bien hipotecado antes del cierre de la subasta mediante la consignación de la cantidad debida, por la posibilidad de obtener una reducción parcial de la deuda y por la garantía de que el bien hipotecado no será vendido por un precio inferior al 75 % de su valor de tasación.

Pues bien, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y, [...], podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto.

Por el contrario, con arreglo a la jurisprudencia citada [...], si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. En efecto, ese

contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C 421/14, EU:C:2017:60, apartado 71).

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, ha de responderse a las cuestiones prejudiciales planteadas en los asuntos C 70/17 y C 179/17 que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y, por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales».

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2334/2016] DE 5 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Concurso de acreedores: efectos sobre los créditos en particular. Prohibición de compensación: no debe confundirse la situación en la que existen distintos contratos de compraventa, con aquella en la que concurre un único contrato de tracto sucesivo de suministro o un entramado de contratos conexos, para cuya liquidación estaría justificada la no aplicación de la prohibición de compensar prevista en la Ley Concursal (art. 58). La comunicación del crédito sin invocar la compensación no permite considerar precluido el derecho a compensar. Cuando en el momento de la declaración de concurso uno de los créditos a compensar no era líquido, pues no había certeza en cuanto a su cuantía, tiene eficacia la prohibición de compensación.

«Gama Confort Galicia, S.L. era distribuidora oficial del fabricante de maquinaria y sistemas de climatización Termoven, S.L. En mayo y junio de 2012, vendió este tipo de maquinaria a Fridama Instalaciones, S.L., que fue entregada en los destinos convenidos.

Ante el impago de las facturas emitidas, Gama interpuso una demanda de reclamación del precio de los aparatos suministrados (63.169,63 euros), contra Fridama. La demandada compareció, se allanó respecto del pago de 6.691,31 euros y se opuso al resto de la reclamación. En primera instancia, el juzgado estimó en parte la demanda al apreciar perjuicios ocasionados por una defectuosa entrega de parte de la maquinaria, y redujo la indemnización a 47.319,28 euros. Y la Audiencia, por sentencia de 27 de julio de 2015, después de estimar en parte el recurso de Gama, cifró su crédito en 56.328,32 euros.

ii) Por su parte, el 29 de mayo de 2013, Fridama había presentado una demanda contra Termoven y Gama, como fabricante y distribuidor de unos equipos de climatización vendidos el 26 de abril y el 2 de mayo de 2012 para las tiendas de Zara en Girona y Jerez, porque estos aparatos no desarrollaban la potencia indicada en el catálogo y en atención a la cual se formalizaron los pedidos. En la demanda se reclamaba la restitución del precio pagado (32.010,60 euros) y una indemnización (109.839,95 euros). Los demandados no solo se opusieron, sino que además formularon reconvencción, en la que reclamaron la parte del precio pendiente de pago (56.626,42 euros). La demanda fue desestimada frente a Termoven, por falta de legitimación pasiva, y estimada en parte frente a Gama. La sentencia declaró la procedencia de la resolución del contrato y condenó a Gama a pagar a Fridama 85.397,60 euros. Este pronunciamiento quedó firme.

iii) Gama fue declarada en concurso voluntario de acreedores, mediante auto de 12 de noviembre de 2014. Poco después, por auto de 16 de diciembre de 2014, se acordó la apertura de la fase de liquidación y, por auto de 17 de febrero de 2015, se aprobó un plan de liquidación.

En el concurso de Gama, Fridama comunicó los siguientes créditos: un crédito ordinario de 85.397,60 euros, correspondiente a la suma a la que Gama había sido condenada a pagar por sentencia de 16 de octubre de 2014; y un crédito subordinado de 5.114,50 por los intereses.

La administración concursal, en el inventario de la masa activa, en el apartado "deudores comerciales", reseñó a Fridama con la expresión "pendiente sentencia". Y en la lista de acreedores, reconoció a Fridama un crédito ordinario de 85.397,60 euros y otro subordinado contingente no cuantificado.

2. Después de que la Audiencia de A Coruña hubiera dictado la reseñada sentencia de 27 de julio de 2015, correspondiente al primer pleito, en la que se condenaba a Fridama a pagar a Gama 56.328,32 euros, el 29 de septiembre de 2015, Fridama presentó una demanda de incidente concursal en la que pedía la compensación judicial del crédito y la deuda que tenía con la concursada Gama, por cumplirse los requisitos del art. 58 LC.

Tanto la concursada (Gama) como la administración concursal se opusieron por entender que no concurrían los requisitos legalmente exigidos para apreciar la compensación, porque el crédito de la concursada contra Fridama no era líquido, vencido y exigible al tiempo de la declaración del concurso, pues había sido necesaria la intervención judicial para aclarar su procedencia y cuantía, que no se fijó hasta la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 27 de julio de 2015.

3. El juzgado desestimó la demanda, por entender que no concurrían los presupuestos necesarios para apreciar la compensación, ya que la deuda de Fridama con la concursada fue determinada por sentencia firme posterior a la declaración de concurso de acreedores.

4. La Audiencia estimó en parte el recurso. Desestimó la impugnación en lo relativo a la compensación y confirmó su improcedencia, pero entendió que no procedía la condena en costas en primera instancia, y la dejó sin efecto.

Después de una exposición de la jurisprudencia sobre la compensación del art. 58 LC, la Audiencia confirma la improcedencia de la compensación porque debía haberse interesado al tiempo de la comunicación de créditos, aunque fuera de forma condicional:

"De acuerdo con la normativa concursal, dentro del plazo señalado en el art. 21.1 número 5 de la Ley Concursal, los acreedores del concursado comunicarán a la administración concursal la existencia de sus créditos. Es en este trámite cuando el acreedor ha de participar la existencia de su crédito y solicitar la compensación frente al que la sociedad en concurso pudiera ostentar contra él.

"Sin embargo, en el supuesto litigioso, "Fridama Instalaciones, S.L." se limitó a comunicar el crédito reconocido en la sentencia de 16 de octubre anterior a la Administración concursal, que lo incluyó en la lista de acreedores con la calificación alegada por aquella y, posteriormente, al no ser impugnado, en los textos definitivos. En ningún momento alegó la posible compensación con el crédito que pudiera resultar del procedimiento ordinario que en aquel momento se hallaba pendiente ante la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de A Coruña y que la Administración concursal había recogido en el inventario de la masa activa como "contingente". [...]

"En consecuencia, al no instar la compensación, siquiera fuera de manera condicionada, en el trámite legalmente previsto, el recurso no puede ser estimado".

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por Fridama, sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción, por aplicación indebida, del art. 58 LC, en relación con los arts. 21.1.5 y 85 LC, porque la sentencia recurrida entiende que, aunque concurrían los requisitos para la compensación con anterioridad a la declaración de concurso, sólo cabe admitirla cuando hubiera sido alegada por el acreedor en el trámite de la comunicación de créditos.

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

2. Desestimación del motivo. Para resolver el motivo, conviene partir de la jurisprudencia sobre la prohibición de compensación en el concurso de acreedores.

Como hemos venido reiterando desde la sentencia 46/2013, de 18 de febrero, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la

liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso:

"Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.

"En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal".

Para la interpretación de este precepto, conviene no perder de vista cómo operan los efectos de la compensación (sentencia 46/2013, de 18 de febrero): "Los efectos de la compensación se producen de forma automática o ipso iure, con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia ex tunc, pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después".

En otras ocasiones, expresamente hemos excluido del régimen de prohibición de compensación del art. 58 LC los casos en que la compensación se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes (sentencia 428/2014, de 24 de julio). En realidad, más que una compensación

es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto (sentencia 188/2014, de 15 de abril).

3. Propiamente, en este caso no estamos ante la liquidación de una única relación contractual. Los créditos que se pretende compensar provienen de relaciones contractuales distintas, aunque se enmarquen en una relación comercial fluida entre las empresas vendedora (Gama) y compradora (Fridama). El crédito de la concursada (Gama) frente a Fridama proviene de un contrato de compraventa de maquinaria industrial distinta de aquella de la que surge el crédito de Fridama frente a la concursada.

Es cierto que en aquel tiempo Gama era un proveedor de equipos de climatización para las obras de instalación de tiendas que Fridama hacía para un tercero, pero no cabe confundir estas distintas compraventas, con un único contrato de tracto sucesivo de suministro, o con un entramado de contratos conexos, para cuya liquidación esté justificado la no aplicación de la prohibición de compensar del art. 58 LC.

Por esta razón, no resulta de aplicación la jurisprudencia reseñada en las sentencias 188/2014, de 15 de abril, y 428/2014, de 24 de julio, para excluir la regla del art. 58 LC.

En consecuencia, conforme a este precepto, hay que examinar si en nuestro caso se cumplían los requisitos para la compensación antes de la declaración de concurso.

4. Salvo en los supuestos de compensación convencional, para que proceda la compensación es preciso que al tiempo de la declaración de concurso se cumplan los siguientes requisitos legales.

i) De un lado, las prestaciones debidas en virtud de cada una de las obligaciones han de ser de la misma naturaleza, homogéneas y fungibles. Así se desprende del apartado 2 del art. 1196 CC, cuando exige que "ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado".

ii) De otro, las deudas tienen que ser líquidas (art. 1196.4 CC), en cuanto que exista una certeza sobre su cuantía o pueda conocerse mediante sencillas operaciones aritméticas; vencidas (art. 1196.3 CC), por haberse cumplido el término pactado en las deudas a plazo (art. 1125 CC) o por haberse purificado la obligación en las obligaciones sujetas a condición (arts.

1113 y 1114 CC); y exigibles (art. 1196.4 CC), esto es, que pueda ser reclamado su cumplimiento con eficacia jurídica, por sus respectivos acreedores.

5. Propiamente no existe ningún momento en el que necesariamente haya de optarse por la compensación, pero resulta lógico que si ya se cumplían los requisitos para la compensación al tiempo de la declaración de concurso, se solicite pronto, dentro de un periodo razonable. Esto no excluye que mientras no se verifique la compensación, por las razones que sean, el acreedor concursal pueda comunicar su crédito y este llegue a ser reconocido, sin que con ello pueda entenderse precluido el derecho a compensar.

Aunque respecto de esta cuestión, sobre la preclusión de la facultad de hacer valer la compensación, habría que dar la razón al recurrente, no podemos estimar el recurso por falta de efecto útil, ya que, como veremos a continuación, no concurrían los requisitos previstos en el art. 58 LC para que no operara la prohibición de compensación.

6. En efecto, si Fridama comunicó sus créditos concursales y no los compensó con la deuda que tiene con la concursada, es porque al tiempo de la declaración de concurso esta deuda era litigiosa. Estaba todavía pendiente de una resolución judicial firme.

En aquel pleito, Gama reclamaba el precio de los aparatos suministrados pendiente de pago (63.169,63 euros). Fridama se había allanado respecto de 6.691,31 euros, pero discutía el resto, pues objetaba que había habido defectos que habían ocasionado daños y perjuicios. De hecho, en primera instancia, esta objeción fue estimada en parte, y se condenó a Fridama a pagar 47.319,28 euros. Cuando se declaró el concurso, estaba pendiente la resolución de los recursos de apelación que habían planteado ambas partes, Fridama y Gama. La sentencia de apelación, posterior a la declaración de concurso, estimó en parte el recurso de Gama y desestimó el de Fridama, y cifró el crédito de Gama frente a Fridama en 56.328,32 euros.

El importe del crédito, como consecuencia de las excepciones planteadas por Fridama, estaba pendiente de determinación al tiempo de la declaración de concurso, por eso no se podía compensar. Y esa imposibilidad es la que opera también después de la declaración de concurso, cuando la sentencia firme fija definitivamente su importe. Dicho de otro modo, rige la prohibición de compensación del art. 58 LC, porque cuando se

declaró el concurso el crédito que Gama tenía frente a Fridama no era líquido, pues no había certeza en cuanto a su cuantía».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2372/2016] DE 6 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Antonio Salas Carceller]

Contrato de arrendamiento de local: cláusula penal pactada. Facultad moderadora de la pena: la excepcionalidad de la cláusula penal, en cuanto sustitutiva y liberadora de la normal carga de acreditar los daños o perjuicios efectivamente sufridos por el incumplimiento, lleva a que la aplicación de la misma haya de ser restrictiva en el sentido de que al cumplimiento irregular o parcial por parte del obligado pueda asimilarse, a efectos de autorizar la moderación (art. 1154 CC), el incumplimiento del contrato por parte de quien demanda su aplicación, aunque el mismo no alcance por sí eficacia resolutoria.- Interpretación del contrato relacionando sus distintas cláusulas.

«Con fecha 12 de enero de 2011 se firmó un contrato de arrendamiento de local de futura construcción en el Sector SUE-6 (Parque de Medianas) de San Fernando de Henares en el que Chelverton Properties S.L. (en adelante, Chelverton) era parte arrendadora y Kiabi España Ksce S.A. (en adelante, Kiabi) era arrendataria.

En fecha 26 de noviembre de 2012, Chelverton comunicó a la arrendataria Kiabi que haría la entrega del local el 26 de marzo de 2013. El 18 de abril siguiente Kiabi comunicó a la arrendadora que no aceptaría la entrega y solicitaba la resolución del contrato por incumplimiento de Chelverton. Esta última rechazó la resolución y exigió el cumplimiento con intento de entrega del local arrendado el 22 de mayo de 2013 y, posteriormente, el día 30, sin que Kiabi compareciera para tomar posesión del local. Chelverton, amparándose en el contenido del contrato, dio el local por entregado y, tras una carencia de tres meses -que había sido pactada para permitir la realización por Kiabi de obras de acondicionamiento del local-comenzó a girar facturas para el pago de la renta en septiembre de 2013.

El 2 de diciembre siguiente Kiabi presentó demanda de resolución de contrato, que dio lugar al presente proceso. Una vez dado traslado de la demanda a Chelverton, ésta dio también por resuelto el contrato con efectos de 31 de marzo de 2014 y formuló

reconvencción solicitando el pago de las rentas adeudadas desde septiembre de 2013 hasta marzo de 2014 así como la aplicación de la cláusula penal establecida en la cláusula 5.3 del contrato consistente en el pago de una cantidad equivalente a las rentas restantes hasta cumplir el periodo mínimo de duración del contrato de cinco años, así como la cantidad de 69.874 euros correspondientes a cuatro mensualidades de renta como penalidad por negarse a recibir el local así como las garantías adicionales de cumplimiento, según las cláusulas 4.2.4 y 22.1 del contrato.

El juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Coslada, en sentencia de fecha 20 de abril de 2015, desestimó la demanda de Kiabi y también la demanda reconvenicional de Chelverton.

Ambas partes recurrieron y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª) dictó sentencia por la que desestimó las pretensiones de Kiabi y estimó en parte el recurso de Chelverton así como, también de modo parcial, la demanda reconvenicional y declaró: a) Que Kiabi había incumplido el contrato de arrendamiento; b) Que es conforme a derecho la resolución del contrato instada por la arrendadora Chelverton; c) Que Chelverton puede hacer suya la cantidad de 69.874 euros; d) Que Chelverton tiene derecho a compensar 34.937 euros que tiene en su poder en concepto de fianza; y e) Que igualmente tiene derecho a percibir 52.405,5 euros en virtud de lo convenido en la cláusula 5.3 del contrato.

Frente a dicha sentencia ha interpuesto recurso de casación Chelverton respecto de las dos cuestiones siguientes: a) En cuanto la sentencia reduce la aplicación de la cláusula penal, que ascendía al equivalente a cincuenta y tres meses de renta, a sólo tres meses por entender que en ese plazo puede arrendarse nuevamente el local; y b) En cuanto niega el derecho de Chelverton a percibir las rentas desde septiembre de 2013 a marzo de 2014, por entender que es incompatible con la penalización pactada (cláusula 4.2.4) para compensar el incumplimiento de la obligación de recibir el local, que había sido establecida en la cantidad equivalente a dos meses de arrendamiento.

SEGUNDO.-El primero de los motivos del recurso se formula por vulneración del artículo 1152 CC y la doctrina jurisprudencial según la cual las cláusulas penales tienen una doble naturaleza -punitiva y liquidatoria- que exige a la parte favorecida por ella

de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios sufridos; infracción que pone en relación con el artículo 1154 CC y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, puesto que resulta improcedente la moderación de la cláusula penal pactada al haber existido un incumplimiento total por parte de Kiabi, declarado en la sentencia; todo ello, igualmente en relación con los artículos 1091 y 1255 CC por inaplicación.

La sentencia impugnada (fundamento de derecho tercero) procede a moderar la aplicación de la cláusula penal reduciéndola al importe de la renta correspondiente a tres mensualidades, por un total de 52.405,5 euros.

La cláusula quinta del contrato, apartado 3, establece que: "si el contrato se resolviese por la arrendadora por causas imputables a la arrendataria o por sentencia judicial que declarase la resolución anticipada del contrato por impago de la arrendataria de cantidades pactadas en virtud de este contrato o por una causa imputable a la arrendataria, ésta deberá pagar, antes de la devolución del local, a la arrendadora, en concepto de cláusula penal, una cantidad por un importe equivalente al total de las rentas y otras repercutibles a la arrendataria vigentes en el momento de la resolución, calculados desde la fecha de la resolución hasta la finalización de la parte del plazo de duración obligatoria que quedase pendiente de cumplimiento; y ello, aun cuando la arrendataria hubiese abandonado el local".

En atención al pacto de cláusula penal establecido libremente por las partes, es claro que al declarar la sentencia conforme a derecho la resolución operada por la arrendadora por incumplimiento de la arrendataria -que ni siquiera aceptó la entrega del local- no existiría la posibilidad de moderación de los resultados de la aplicación de la penalidad establecida, ya que nominalmente no se da ninguno de los supuestos previstos en el artículo 1154 CC para que dicha moderación pueda tener lugar, pues la obligación no ha sido cumplida "en parte o irregularmente" por el deudor, sino que ha sido plenamente incumplida y en la forma prevista en la indicada cláusula penal.

La sentencia de esta sala núm. 536/2017, de 2 octubre, siguiendo reiterada doctrina jurisprudencial, dice lo que sigue:

"Por lo que se refiere a la facultad moderadora de la pena atribuida al juez en el art. 1154 CC, es doctrina de esta sala la de que la moderación de la pena queda condicionada a la concurrencia del supuesto previsto en el precepto, esto es, que la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Pero no cabe moderación de la pena cuando la misma hubiera sido prevista para sancionar, precisamente, el incumplimiento producido (sentencias 384/2009, de 1 de junio, 708/2014, de 4 de diciembre). De manera específica, se reitera esta doctrina y se excluye la facultad moderadora de los tribunales en las sentencias 366/2015, de 18 de junio, 710/2014, de 3 de diciembre, 89/2014, de 21 de febrero y 211/2009, de 26 de marzo, referidas a supuestos en los que la cláusula se insertó en el contrato precisamente para el incumplimiento producido...".

No obstante, la excepcionalidad de la cláusula penal, en cuanto sustitutiva y liberadora de la normal carga de acreditar los daños o perjuicios efectivamente sufridos por el incumplimiento, lleva a que la aplicación de la misma haya de ser restrictiva en el sentido de que al cumplimiento irregular o parcial por parte del obligado pueda asimilarse, a efectos de autorizar la moderación (artículo 1154 CC), el incumplimiento del contrato por parte de quien demanda su aplicación, aunque el mismo no alcance por sí eficacia resolutoria.

La sentencia de esta sala núm. 678/2010, de 26 de octubre, afirma al respecto que: "en todo caso se impone la interpretación restrictiva de las cláusulas penales (SS 22 Nov. 1968, 10 Nov. 1983 y 14 Feb. 1992, entre otras), al presentarse como excepciones del régimen normal de las obligaciones y contratos, con lo que se desautoriza su ampliación unilateral; criterio que ha sido reiterado por otras muchas, citándose por todas la de 18 septiembre 2008 (Rec. 2120/2002) según la cual la doctrina jurisprudencial propugna una interpretación restrictiva de las estipulaciones contractuales que contengan cláusulas penales. Tal y como se indica, entre otras, en las Sentencias de 18 de julio de 2005 y de 5 de diciembre de 2007 -con cita de las de 10 de noviembre de 1983, 27 de diciembre de 1991, 14 de febrero de 1992 y 23 de mayo de 1997-, la cláusula penal, como obligación accesoria, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, que sanciona el cumplimiento o incumplimiento irregular de la obligación a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, es una excepción al régimen normal de las obligaciones al sustituir la indemnización, lo cual obliga a su interpretación restrictiva".

La sentencia núm. 629/2010, de 28 octubre, con cita de la sentencia de 29 marzo 2004 (rec. 1475/98), viene a admitir, en los casos de incumplimiento no esencial del acreedor que hace uso de la cláusula penal a su favor, que se proceda a una compensación fundada en el artículo 1103 CC, que queda confiada al prudente arbitrio del tribunal sentenciador.

En el presente caso, la Audiencia ha tenido en cuenta la existencia de un incumplimiento previo por parte de la ahora recurrente Chelverton referido al momento de la entrega del local a la demandada y ello, junto con otras consideraciones, le ha llevado a desestimar la aplicación rigurosa de la cláusula penal procediendo, por el contrario, a su moderación. En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO. -El segundo motivo se formula por vulneración del artículo 1124 CC y errónea aplicación del artículo 1153 del mismo cuerpo legal y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

No cabe imputar a la sentencia impugnada la vulneración del artículo 1124 CC en tanto que la Audiencia reconoce a la ahora recurrente la posibilidad prevista en dicha norma de instar la resolución, aunque inicialmente se haya optado por el cumplimiento y resuelve de conformidad con ello. Lo que la sentencia impugnada ha realizado es una interpretación del contrato relacionando sus distintas cláusulas, en cuya virtud considera improcedente la reclamación por la arrendadora de siete mensualidades de renta correspondientes al período previo a la resolución operada por Chelverton, teniendo en cuenta lo previsto en la cláusula 4.2.4 del contrato.

Dicha cláusula dice lo siguiente: "En garantía de la recepción del local por la arrendataria y de los plazos pactados en este contrato, la arrendataria entrega, en este acto, a la arrendadora, mediante cheque nominativo cuya copia se acompaña como anexo nº 8, la cantidad de treinta y cuatro mil novecientos treinta y siete euros (34.937.-€), equivalentes a dos mensualidades de renta mínima garantizada. Dicha cantidad, entregada en concepto de garantía, será devuelta por la arrendadora a la arrendataria dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de apertura al público del local en las condiciones pactadas en este contrato. La arrendadora podrá hacer suya la indicada cantidad, en el supuesto de que la arrendataria incumpla su obligación de recibir el local y proceder a la apertura al público del mismo

dentro de los plazos pactados en este contrato, entendiéndose que dicha cantidad cumple la función de cláusula penal, todo ello sin perjuicio de las otras penalizaciones pactadas en este contrato, así como de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento pueda originar a la arrendadora".

En efecto, si se aceptaran las pretensiones de la arrendadora resultaría que la misma percibiría, por un lado, la totalidad de las rentas mínimas garantizadas correspondientes a los cinco años de vigencia inicial del contrato -siete meses por facturación y los cincuenta y tres meses restantes por aplicación de la cláusula penal antes citada- y además una penalización para compensar el incumplimiento de la obligación de recibir el local, lo que parece contrario al equilibrio contractual en cuanto agravaría aún más la severa penalidad establecida. No cabe imputar a la sentencia una vulneración del artículo 1153 CC, pues precisamente el mismo pretende evitar, salvo que esa facultad haya sido expresamente atribuida, que se duplique la aplicación de una penalidad por un mismo incumplimiento.

En consecuencia, este motivo ha de ser desestimado, ya que la Audiencia ha hecho uso de la facultad que le corresponde en orden a la interpretación del contrato sin que dicha interpretación haya sido objeto de recurso, teniendo en cuenta además la reiterada doctrina de esta sala en el sentido de que la interpretación contractual corresponde a las instancias y únicamente cabe su revisión por vía de recurso extraordinario cuando en la misma se ha incurrido en vulneración directa de las normas que la regulan, o bien resulta ilógica o arbitraria (sentencia de 29 febrero 2012, rec. 495/2008, que reitera la doctrina expresada en la núm. 292/2011, de 2 mayo, 559/2010, de 21 septiembre y 480/2010, de 13 julio, entre otras); circunstancias que no son de apreciar en el caso presente.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3748/2015] DE 6 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Concurso de acreedores: calificación del concurso como culpable y condena a los cómplices a la indemnización de los daños y perjuicios causados. La condena al cómplice a indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta no es un pronunciamiento "obligatorio" en el sentido de que deba ser incluido en la sentencia que califique el

concurso como culpable con independencia de que haya sido o no solicitada por la administración concursal o el Ministerio Fiscal. En el correspondiente informe la administración concursal debe solicitar expresamente la condena a la indemnización de daños y perjuicios para que el juez pueda acordarla.

«En la sección de calificación del concurso de RL Berton S.L., el Juzgado Mercantil dictó sentencia en la que, en lo que aquí interesa, declaró cómplices a Diagnóstico A Bordo S.L. y Anlloc S.L. y les condenó solidariamente a devolver a la masa el importe de 119.523,86 euros, en que se cifraron los daños y perjuicios ocasionados.

2.-Los condenados en la sentencia de primera instancia interpusieron recursos de apelación contra esa sentencia. En lo que aquí interesa, Anlloc S.L. solicitó que se revocara su condena como cómplice. En el recurso de Diagnóstico A Bordo S.L. se denunció que la condena a los cómplices a indemnizar los daños y perjuicios incurría en incongruencia extra petita porque el informe de la administración concursal exigía su responsabilidad conforme al art. 172 bis de la Ley Concursal y solicitaba que se les condenara a la cobertura total del déficit concursal. La administración concursal recurrió también la sentencia y solicitó que se incrementara la condena de los cómplices hasta el total reclamado en su informe, esto es, al total del déficit concursal.

La Audiencia Provincial estimó en parte los recursos de las entidades declaradas cómplices. En lo que aquí interesa, declaró que Anlloc S.L. no había sido cómplice y le absolvió. Respecto de Diagnóstico A Bordo S.L., confirmó su declaración como cómplice, pero le absolvió de la condena a indemnizar daños y perjuicios porque consideró que tal pretensión no había sido formulada adecuadamente por la administración concursal ni por el Ministerio Fiscal, por lo que la sentencia del Juzgado Mercantil había incurrido en incongruencia extra petita al acordar dicha condena.

3.-La administración concursal ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, basados ambos en un solo motivo, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. -Formulación del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.-En el encabezamiento del motivo se denuncia la infracción del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.-En el desarrollo del motivo se argumenta que la Audiencia Provincial ha incurrido en incongruencia omisiva al no entrar a resolver la pretensión indemnizatoria que la administración concursal formuló en su recurso de apelación respecto de Diagnóstico A Bordo S.L., pese a confirmar el pronunciamiento que la declaraba cómplice, pese a que la pretensión había sido correctamente formulada en el informe de la administración concursal y a pesar de que se trata de un pronunciamiento obligatorio por exigirlo el art. 172.3 de la Ley Concursal.

TERCERO. -Decisión del tribunal: inexistencia de incongruencia omisiva.

1.-Existe incongruencia omisiva cuando un tribunal omite indebidamente pronunciarse sobre una pretensión correctamente formulada en el litigio. También cuando omite un pronunciamiento que le viene impuesto por el ordenamiento jurídico, como sería por ejemplo el pronunciamiento sobre costas en una sentencia.

Cuando se trata de una sentencia dictada en un recurso de apelación, el art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que se pronuncie exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación.

2.-La denuncia de la incongruencia omisiva en el recurso extraordinario por infracción procesal exige que, con carácter previo, la parte perjudicada por esa omisión de pronunciamiento haya solicitado la subsanación del defecto mediante la formulación de la solicitud de complemento prevista en el art. 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por exigirlo así el art. 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.-En el presente caso, los condenados como cómplices recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado Mercantil. En su recurso de apelación, Diagnóstico A Bordo S.L. solicitó que el pronunciamiento que le condenaba a indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta fuera revocado porque el Juzgado Mercantil había incurrido en incongruencia extra petita, dado que alteró la causa de pedir de la pretensión condenatoria, pues condenó a los cómplices a indemnizar los daños y perjuicios causados por su cooperación en el

alzamiento de bienes determinante del carácter culpable del concurso cuando lo solicitado por la administración concursal y el Ministerio Fiscal era su condena a cubrir el déficit concursal, tratándose de responsabilidades de naturaleza diferente, prevista una en el art. 172.2.3.º y 3 y la otra en el art. 172.bis de la Ley Concursal.

4.-La Audiencia Provincial estimó este argumento del recurso de apelación y por ello revocó el pronunciamiento que condenaba a Diagnóstico A Bordo S.L. al pago de la indemnización fijada por el Juzgado Mercantil.

5.-Como ponen de manifiesto las partes recurridas que han formulado alegaciones, la sentencia recurrida no incurrió en omisión de pronunciamiento alguno. La Audiencia Provincial consideró que entre las pretensiones formuladas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal en sus respectivos informes no se encontraba la condena a los cómplices a indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta y por ello revocó la condena impuesta en primera instancia, lo que suponía necesariamente que la pretensión de la administración concursal de que la condena fuera incrementada quedaba privada de fundamento.

6.-La condena al cómplice a indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta no es un pronunciamiento "obligatorio" en el sentido de que deba ser incluido en la sentencia que califique el concurso como culpable con independencia de que haya sido o no solicitada por la administración concursal o el Ministerio Fiscal. El art. 169.1 de la Ley Concursal establece que el informe razonado y documentado que la administración concursal ha de presentar al juez en la sección de calificación, además de expresar los hechos relevantes para la calificación del concurso y la propuesta de resolución, si propusiera la calificación del concurso como culpable, ha de expresar también la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.

7.-En la sentencia 490/2016, de 14 de julio, hemos declarado:

"[...] los solicitantes de la calificación del concurso como culpable tienen que formular expresamente sus pretensiones, sin que baste aducir que se encuentran

implícitas en su argumentación. No se trata tanto de que se citara expresamente o no en los escritos de calificación el artículo 172.2.3 de la Ley Concursal, sino de que se pidiera expresamente la condena a la indemnización de daños y perjuicios prevista en dicho precepto".

8.-La inexistencia de omisión de pronunciamiento determinó que la administración concursal no solicitara a la Audiencia Provincial que completara su resolución con el pronunciamiento omitido utilizando la vía prevista en el art. 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9.-Que la solicitud de condena a indemnizar los daños y perjuicios estuviera correctamente formulada es cuestión que nada tiene que ver con la incongruencia omisiva denunciada en el motivo, sin que este tribunal pueda entrar a valorar la corrección de la solicitud y qué infracción puede constituir el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, puesto que la naturaleza extraordinaria de estos recursos impide que este tribunal actúe de oficio y construya la argumentación del recurso a fin de precisar cuál es la verdadera naturaleza de la infracción supuestamente cometida. Recurso de casación.

CUARTO. -Formulación del recurso

1.-En el encabezamiento del motivo se denuncia la infracción del art. 172.3 de la Ley Concursal.

2.-En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción se ha producido porque habiéndose declarado que Diagnóstico A Bordo S.L. fue cómplice en la salida fraudulenta de bienes del patrimonio de la concursada y que dicha conducta incidió directamente en la generación de la insolvencia, resulta obligatoria la condena de dicho cómplice a la indemnización de daños y perjuicios causados por tratarse de un pronunciamiento condenatorio obligado.

QUINTO. -Decisión del tribunal: desestimación del motivo.

La administración concursal vuelve a plantear en este motivo el carácter preceptivo, no sometido a rogación, de la condena al cómplice a indemnizar los daños y perjuicios causados. Nos remitimos a lo expuesto al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal para desestimar también el recurso de casación».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2267/2016] DE 6 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de un producto financiero complejo: en la liquidación de los daños indemnizables debe computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor. Ahora bien, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, solamente han de ser evaluables aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste.

«Entre los años 1999 y 2009, Dña. Crescencia y Dña. Daniela realizaron diversas compras de participaciones preferentes emitidas por Caixa Catalunya Preferential Issuance Ltd, por importe total de 38.000 €.

Como consecuencia de una resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de 7 de junio de 2013, que impuso el canje obligatorio de los títulos por acciones y su posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD), se reintegró a las inversoras la suma de 12.649,09 €.

Asimismo, durante la vigencia de la inversión, las Sras. Crescencia y Daniela obtuvieron rendimientos por importe de 8.669 €.

2.-En 2004 y 2008, Dña. Crescencia adquirió obligaciones subordinadas de Caixa Catalunya (7ª y 8ª emisiones), por importe total de 7.500 €.

La Sra. Crescencia se vio obligada al mismo canje antes indicado, tras cuya venta obtuvo 4.563,62€. Mientras la inversión estuvo vigente, obtuvo rendimientos por valor de 1.163,40 €.

3.-Las Sras. Crescencia y Daniela interpusieron una demanda contra Catalunya Banc S.A. (actualmente, BBVA S.A.), en la que ejercitaron una acción de responsabilidad por incumplimiento contractual y solicitaron que se condenara a la entidad demandada a indemnizarlas en la cantidad total de 25.350,91 € (diferencia entre el capital invertido y la cantidad obtenida tras la venta de las acciones obtenidas en el canje), más sus intereses legales.

4.-Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó en parte la

demanda y condenó a la entidad demandada a indemnizar a ambas demandantes en 16.681,91€ y a la Sra. Crescencia en 1.682,98 €, más sus intereses legales desde la fecha del emplazamiento. La razón de dicha estimación parcial es que, además de las cantidades cobradas por la venta de las acciones obtenidas en el canje, descontó del capital invertido los rendimientos percibidos por las inversoras.

5.-Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, fue estimado por la Audiencia Provincial, que estimó íntegramente la demanda, al considerar que los rendimientos obtenidos durante la vigencia de la inversión no debían ser descontados a efectos de calcular la indemnización.

SEGUNDO. -Recurso de casación. Indemnización por responsabilidad contractual en la comercialización de un producto financiero complejo por el propio emisor. Planteamiento:

1.-El recurso de casación interpuesto por Catalunya Banc, por el cauce del art. 477.2-3º LEC, denuncia la infracción del art. 1101 CC.

2.-En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que los rendimientos percibidos por razón de la inversión deben tenerse en cuenta para determinar el efectivo daño por incumplimiento contractual, tal y como ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo 754/2014, de 30 de diciembre.

3.-La parte demandada, al oponerse al recurso de casación, alegó su inadmisibilidad, por considerar que con la cita de una sola sentencia del Tribunal Supremo no se justifica el interés casacional. Sin embargo, a la fecha de admisión del recurso de casación, ya eran varias las sentencias de esta sala que habían resuelto en sentido contrario al de la sentencia recurrida y habían zanjado la contradicción existente entre los pronunciamientos de las distintas Audiencias Provinciales. Por lo que el recurso resulta admisible.

Decisión de la sala:

1.-La cuestión jurídica del alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros complejos ha sido tratada recientemente por esta sala en las sentencias 613/2017, de 16 de noviembre, y 81/2018, de 14 de febrero. En la primera de tales resoluciones, en relación con los arts. 1101 y 1106 CC, dijimos: "Esta sala, en la sentencia 301/2008, de 5 de mayo, ya declaró que la aplicación de la regla compensatio lucri cum damno significaba que en la

liquidación de los daños indemnizables debía computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional.

"Por su parte, la STS 754/2014, de 30 de diciembre, en aplicación de esta misma regla o criterio, y con relación al incumplimiento contractual como título de imputación de la responsabilidad de la entidad bancaria, por los daños sufridos por los clientes en una adquisición de participaciones preferentes, declaró que "el daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes"".

2.-Como hemos argumentado en la sentencia 81/2018, de 14 de febrero, en el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño -en el caso, por incumplimiento de la otra parte- pero también una ventaja -la percepción de unos rendimientos económicos-, deben compensarse uno y otra, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste.

3.-Aunque esta regla no está expresamente prevista en la regulación legal de la responsabilidad contractual, su procedencia resulta de la misma norma que impone al contratante incumplidor el resarcimiento del daño producido por su acción u omisión, ya que solo cabrá reputar daño aquel que efectivamente haya tenido lugar. Al decir el art. 1106 CC que "la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor", se desprende que la determinación del daño resarcible debe hacerse sobre la base del perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual deberán computarse todos aquellos lucros o provechos, dimanantes del incumplimiento, que signifiquen una minoración del quebranto patrimonial sufrido por el acreedor.

Es decir, cuando se incumple una obligación no se trata tanto de que el daño bruto ascienda a una determinada cantidad de la que haya de descontarse la ventaja obtenida por el acreedor para obtener el daño neto, como de que no hay más daño que el efectivamente ocasionado, que es el resultante de la producción recíproca de daño y lucro.

4.-Como dijimos en la sentencia 81/2018, de 14 de febrero:

"La obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados constituye la concreción económica de las consecuencias negativas que la infracción obligacional ha producido al acreedor, es decir, resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado. Desde ese punto de vista, no puede obviarse que a la demandante no le resultó indiferente económicamente el desenvolvimiento del contrato, puesto que como consecuencia de su ejecución recibió unos rendimientos pecuniarios. Por lo que su menoscabo patrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual de la contraparte se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial.

"En fin, la cuestión no es si la demandante se enriquece o no injustificadamente por no descontársele los rendimientos percibidos por la inversión, sino cómo se concreta su perjuicio económico causado por el incumplimiento de la otra parte".

5.-En tanto que la sentencia de la Audiencia Provincial no se adapta a lo expuesto, debe estimarse el recurso de casación. No se aprecia que la solución adoptada deba ser diferente porque la entidad financiera no solo fuera comercializadora, sino también emisora, de las obligaciones subordinadas. En primer lugar, porque la responsabilidad contractual que da lugar a la indemnización, por asesoramiento inadecuado o defectuoso, se ha contraído en la venta de los títulos y no en su emisión. Y, en segundo término, porque el daño económico sufrido por los adquirentes, que es lo que debe ser resarcido, se contrae a la pérdida neta sufrida en su inversión.

6.-Al asumir la instancia, por los mismos fundamentos ya expuestos, debemos desestimar el recurso de apelación de las demandantes y confirmar la sentencia apelada, que es conforme con la jurisprudencia de esta sala».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1075/2016] DE 8 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Concurso de acreedores: efectos del concurso sobre los contratos. Contrato de compraventa con condición resolutoria ligada a una cláusula penal de indemnización de daños y perjuicios: cuando las partes han pactado en el contrato una cláusula penal, esta debe operar en lo que tiene de resarcitoria de los daños y perjuicios. Sin embargo, cuando la pena exceda con mucho de la finalidad resarcitoria y responda claramente también a una finalidad sancionadora, en lo que tiene de pena no debería operar en caso de concurso de acreedores, pues entonces no se penaliza al deudor sino al resto de los acreedores concursales.

«El 2 de agosto de 2006, D. Fausto, mediante escritura pública, vendió a la entidad Capilsa S.A. una finca de su propiedad para su posterior proceso de urbanización y venta de viviendas.

El precio de la compraventa se fijó en la cantidad de dos millones ochocientos veinticuatro mil quinientos euros (2.824.500 €), de los que seiscientos un mil euros (601.000 €) fueron abonados por la compradora a la vendedora al otorgamiento de la escritura pública de compraventa mediante cheque bancario (dándose en ese acto por la parte vendedora formal carta de pago de la señalada cantidad), y quedó aplazado el resto del precio (2.223.500 €), para hacerse efectivo y de la siguiente forma:

- a) La suma de 721.000 € debía pagarse el día 2 de agosto de 2007, mediante la entrega de un pagaré nominativo.
- b) La suma de 601.000 € debía pagarse el día 2 de agosto de 2008, mediante la entrega de otro pagaré.
- c) Y los restantes 901.000 € debían pagarse el día 2 de agosto de 2009, mediante la entrega de otro pagaré.

2. En la estipulación tercera de la citada escritura, las partes acordaron sujetar la compraventa a una condición resolutoria conexas a una cláusula penal de indemnización de daños y perjuicios, con el siguiente tenor: "[...]Se conviene expresamente, que la falta de pago de los referidos pagarés a su vencimiento producirá de pleno derecho, la resolución de la presente venta, conforme al artículo 1.504 del Código Civil, en relación con el art. 11 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, bastando para ello,

presentar en el Registro de la Propiedad, copia autorizada del Acta Notarial en la que conste tal circunstancia, recuperando en su caso la parte vendedora, el pleno dominio de la finca transmitida y reteniendo en su poder, las cantidades percibidas hasta dicho instante, en concepto de indemnización de daños y perjuicios".

3. El 30 de julio de 2010, la escritura de compraventa fue objeto de novación a los efectos de ampliar el plazo del último pago estipulado que quedó establecido el 2 de agosto de 2010. La condición resolutoria fue inscrita en el Registro de la Propiedad, no así la cláusula penal.

5. Mediante auto de 15 de julio de 2011, la compradora fue declarada en concurso de acreedores.

6. El 5 de septiembre de 2012, ante el impago del último pago estipulado, y tras ser requerida notarialmente la compradora para el pago de la suma pendiente, el vendedor, mediante acta notarial, comunicó la resolución contractual a la compradora con las consecuencias pactadas.

7. El 9 de octubre de 2012, D. Fausto interpuso una demanda incidental en ejercicio de una acción de resolución contractual frente a la administración concursal y la concursada Capilsa S.A., en la que solicitaba que fuera declarada la resolución de la compraventa otorgada el 2 de agosto de 2006, y la condena de la compradora a la restitución y entrega de la finca objeto de la venta, así como a la pérdida de la parte del precio abonado a cuenta hasta la fecha.

8. Capilsa S.A. se allanó a la resolución del contrato de compraventa, pero se opuso a que la parte vendedora, por mor de la cláusula penal, retuviera la totalidad del precio entregado a cuenta. Por lo que solicitó, en su caso, que la cláusula penal fuera objeto de moderación, conforme a la siguiente justificación:

"[...]Si bien el artículo 1154 dice que la modificación se hará equitativamente, lo que implica una reducción de la cuantía de la pena de acuerdo al discrecional criterio del Juez, respetuosamente sugerimos un criterio proporcional al grado de cumplimiento de la obligación garantizada, esto es, una reducción de la pena en un 59,46%, porcentaje del precio aplazado que se pagó por la compradora, lo que determina una reducción de 1.143.415,80 € [59,46% s/1.923.000 €], quedando así la pena reducida a la nada desdeñable cifra de 779.584,20 €".

9. Por su parte, la administración concursal también se allanó a la resolución contractual de la compraventa, pero se opuso a la pérdida total de las cantidades entregadas a cuenta del pago del precio. En este sentido, formuló reconvencción solicitando la aplicación de la moderación de la cláusula penal en los términos expuestos por la concursada.

10. El juzgado de lo mercantil estimó en parte la demanda. En este sentido, declaró la resolución contractual, con la correspondiente restitución recíproca de las prestaciones realizadas, pero sin conceder la indemnización de daños solicitada por el vendedor con base a la señalada cláusula penal.

11. Interpuesto recurso de apelación por el vendedor, la sentencia de la Audiencia lo desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia, conforme a los siguientes razonamientos:

"[...] Esta Sala comparte en parte los argumentos del apelante al considerar que no resulta precisa la inscripción de la cláusula penal para su oponibilidad en el seno del concurso. Ningún precepto exige tal requisito. En primer lugar, no se refiere a él el artículo 56 LC que únicamente requiere la inscripción en el Registro de la condición resolutoria, lo que aquí no se discute que haya sido realizado. En segundo lugar, tampoco consideramos que en el Código Civil se contenga norma alguna que exija tal inscripción. En último término, ninguna norma concursal limita los efectos de las cláusulas contractuales pactadas en el seno del concurso. En definitiva, la cláusula penal incluida en el contrato de compraventa es una cláusula contractual a la que no se da de manera específica un trato diferenciado en la Ley Concursal a efectos de su oponibilidad a terceros, de manera que, salvo lo que más adelante se dirá, su oponibilidad será idéntica a la del resto de las cláusulas incluidas en cualquier contrato suscrito por el concursado.

"Partiendo de ello, no compartimos el primer argumento de la sentencia para dejar de aplicar la cláusula penal por no encontrarse inscrita en el Registro de la Propiedad.

"En segundo lugar, consideramos que la aplicación de la condición resolutoria por impago del precio no excluye la aplicación de la cláusula penal ni resulta incompatible con la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento elevado contractualmente a la categoría de condición resolutoria.

"Lo anterior sin embargo no significa que deba aplicarse de manera automática la cláusula penal a pesar de considerar que la misma no precisa encontrarse inscrita para ser oponible a las partes.

"Aun siendo conscientes de la falta de un criterio unánime y las opiniones discrepantes al respecto, el de esta Sala es que, declarado el concurso, las cláusulas penales no resultan aplicables de manera automática atendiendo al interés de una pluralidad de partes presente en el concurso. Consideramos que este interés exige que conste y se acredite la efectiva causación de daños y perjuicios que cuantificados han de dar lugar al reconocimiento del correspondiente derecho, no necesariamente coincidente con la cláusula penal. Entendemos que refrenda esta interpretación el art. 84.1.6 LC que habla en todo caso de obligaciones de indemnización a cargo del concursado por resolución contractual. El interés general en el concurso excluye la aplicación de instituciones propias de la teoría general de obligaciones y contratos como lo son los efectos de la mora por la suspensión del devengo de intereses (art. 1.101 y 1.108 CC en relación con el art. 59 LC), o la prohibición de compensación (art. 58 LC). Por ello, si bien el art. 1.152 CC prevé que salvo pacto en contrario las cláusulas penales sustituirán a la indemnización de daños y el abono de intereses, esta regla no resulta aplicable cuando declarado el concurso confluyen los intereses de una pluralidad de acreedores que ven sacrificados sus derechos parcialmente, suspendiendo el devengo de intereses e imposibilitándoles compensar sus créditos y resolver sus contratos incumplidos en algunos casos. En primer lugar, porque la sustitución del abono de intereses no resulta factible en ningún caso por no ser posible su devengo. En segundo, en tanto que resulta en todo caso necesario que existan perjuicios a resarcir.

"En este caso no se ha probado la causación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación de pago del precio y, menos aún, que de haberse producido coincidiesen con lo previsto en la cláusula penal, esto es, con la parte del precio entregada por la concursada. Por ello no procede estimar el recurso de apelación al no resultar aplicable la cláusula penal por los motivos aquí expuestos".

12. Frente a la sentencia de apelación, el vendedor interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO. -Derecho concursal. Compraventa de finca con condición resolutoria y cláusula penal de indemnización de daños y perjuicios. Incumplimiento de la promotora del último pago del precio aplazado. Cláusulas indemnizatorias y punitivas. Arts. 61.2 y 62.1 LC. Doctrina jurisprudencial aplicable.

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

2. En el primer motivo, el recurrente denuncia la infracción del art. 1152 CC en relación con lo dispuesto en los arts. 1255, 1091 y 1107 del mismo texto legal.

En el desarrollo del motivo, conforme a los preceptos citados, sustenta la preferencia de la regla contractual que estatuye la cláusula penal coercitiva y liquidadora de los daños y perjuicios, y la inexistencia de regla concursal que excepcione su alcance o efectos. Cita en apoyo de su tesis las sentencias de estas salas de 10 de febrero de 2014, de 8 de junio de 1990 y de 20 de junio de 1981.

3. En el motivo segundo, como una consecuencia lógica de lo planteado en el primer motivo, el recurrente denuncia la infracción del art. 1152 CC en relación con lo dispuesto en el art. 1154 del mismo texto legal.

En el desarrollo del motivo alega la improcedencia de la moderación de la cláusula penal acordada, así como la falta de prueba de los daños y perjuicios sufridos. En apoyo de su tesis cita las sentencias de esta sala de 10 de marzo de 2011, de 15 de noviembre de 1999 y de 30 de marzo de 1999.

4. Por su conexión lógica, se procede al examen conjunto de los motivos planteados.

5. Los motivos deben ser estimados en parte, de acuerdo con los siguientes razonamientos.

En el presente caso, no es objeto de discusión la eficacia de la condición resolutoria, ni la oponibilidad de la cláusula penal frente a la administración concursal. Lo que se discute son los efectos de la resolución contractual con relación a la indemnización de los daños y perjuicios, conforme a lo previsto en la cláusula penal.

Tanto en el párrafo segundo del art. 61.2 LC, en caso de resolución del contrato en interés del concurso, como el art. 62.4 LC, en caso de resolución del

contrato por incumplimiento de la concursada, la ley reconoce a la parte in bonis un derecho a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la resolución, y que este derecho se satisfaga con cargo a la masa. Cuando las partes en el contrato han pactado, como es el caso, una cláusula penal, esta debe operar en lo que tiene de resarcitoria de los daños y perjuicios. Esto es, los daños y perjuicios se cuantificarán en la suma que hubieran convenido las partes en la cláusula penal, sin que tenga sentido juzgar hasta que punto la pena convenida excede de la cuantificación real de los daños y perjuicios, pues para eso se ha pactado la cláusula penal.

No obstante lo anterior, cuando la pena exceda con mucho de la finalidad resarcitoria y responda claramente también a una finalidad sancionadora, en lo que tiene de pena no debería operar en caso de concurso de acreedores, pues entonces no se penaliza al deudor sino al resto de sus acreedores concursales.

En el presente caso, la cláusula penal objeto de la litis que establece, con relación al impago de cualquiera de los pagarés a su vencimiento, la pérdida por parte del comprador de todas las cantidades abonadas hasta la fecha, como parte del precio acordado, presenta un claro contenido punitivo que resulta injustificado o excesivo, dado que el vendedor, con cargo a la masa, por el incumplimiento del último plazo de pago previsto (901.000 €) vendría facultado para retener los pagos ya realizados que ascendieron a 1.923.000 €, respecto de un precio global que recordemos quedó fijado en la cantidad de 2.824.500 €. Lo que supone un 60,08% del precio pactado.

6. Como consecuencia de lo expuesto, esta sala considera que procede la limitación de la cláusula penal objeto de la presente litis. En el presente caso, la demandada solicitó que la indemnización de los daños y perjuicios quedase concretada en el 40,50% del precio pagado, esto es, en la cantidad de 779.584,20 €. Lo que supone un 27,60% respecto del precio pactado. Cantidad que esta sala considera ajustada conforme a la finalidad indemnizatoria que debe informar la aplicación de la cláusula penal».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3355/2016] DE 13 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Derecho concursal: beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. La necesidad de intentar un acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea

exigible el requisito del pago del 25% del importe de los créditos concursales ordinarios: si bien a los efectos del ordinal 3º del artículo 178 bis.3 de la Ley Concursal basta con el hecho de haber instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos; en el ordinal 4º la referencia a que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario exige que haya habido un intento efectivo de acuerdo; esto es, una propuesta real a los acreedores, que no se da cuando se propone a los acreedores una quita del 100% del importe de los créditos.

«Hipolito había sido socio y administrador de la compañía Publicep Libros Digitales, S.L., entre los años 2007 y 2012.

Tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley Concursal operada por el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, luego modificada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, relativa a la remisión de deudas del art. 178 bis LC, Hipolito presentó una solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos.

La propuesta presentada por el deudor contenía una quita del 100% de sus créditos.

Frustrado el acuerdo, el mediador instó el concurso de acreedores consecutivo. Este fue declarado y concluido por auto de 18 de noviembre de 2015.

Unos días después, el 14 de diciembre de 2015, el Sr. Hipolito solicitó la exoneración total del pasivo, conforme a lo regulado en el art. 178 bis LC.

2. El juzgado que había conocido de la declaración y conclusión del concurso, desestimó esta pretensión porque no se cumplía el requisito previsto en el art. 178 bis 3-4º LC, de que se hubiera intentado antes un acuerdo extrajudicial de pagos. Este precepto dispone lo siguiente:

«3. Solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos: [...]

«4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios".

El juzgado entiende que no existió un verdadero intento de acuerdo extrajudicial de pagos, pues la propuesta contenía una quita del 100% del importe de los créditos.

3. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia ratifica la decisión del juzgado de no conceder la exoneración de todo el pasivo pretendido, pues no constaba que se hubiera pagado el 25% de los créditos ordinarios. Este requisito era aplicable en la medida en que no había existido un verdadero intento de acuerdo extrajudicial de pagos.

4. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 178 bis.3 LC, introducido por el RDL 1/2015, de 27 de febrero, y modificado en su actual redacción por la Ley 25/2015, de 28 de julio, que regula el mecanismo de la segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

En el desarrollo del motivo razona que el presupuesto previsto en el ordinal 4º del art. 178 bis 3 LC, de que se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, para que no fuera exigible el requisito del pago del 25% del importe de los créditos concursales ordinarios, se cumple cuando se acude al trámite del acuerdo extrajudicial de pagos, previo al concurso consecutivo.

En este caso, el Sr. Hipolito se ajustó a la normativa, que no establece límite para las quitas, y propuso una quita de todo el pasivo en atención a que el deudor no tenía ningún ingreso.

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

2. Desestimación del motivo. La cuestión suscitada en el motivo se centra en cómo debe interpretarse la referencia contenida en el ordinal 4.º del art. 178 bis.3 LC, a que se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, para que no resulte exigible el pago del 25% de los créditos concursales ordinarios como requisito previo para obtener el beneficio de la remisión de deudas.

La posibilidad de obtener "el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho" prevista en la

actualidad en el art. 178 bis LC, proviene de la reforma introducida por el RDL 1/2015, de 27 de febrero, con las modificaciones de la Ley 25/2015, de 28 de julio. Este precepto permite, en supuestos como el presente, en que "ha concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa", recabar del juzgado la condonación de deudas.

3. El apartado 3 del art. 178 bis LC regula los requisitos para que se pueda obtener este beneficio. Los tres primeros son comunes, y el cuarto y quinto son alternativos.

En nuestro caso, no se discute el cumplimiento de los requisitos comunes: el concurso no ha sido declarado culpable; el deudor no ha sido condenado por sentencia penal firme por delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico, la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores, ni de falsedad documental, y tampoco constan diligencias penales pendientes relativas a estos delitos; y el concurso consecutivo ha venido precedido de un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

4. El deudor instante del beneficio ha optado por la alternativa del ordinal 4º. Conforme a esta alternativa, es preciso "que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios".

Esto es, para obtener la inmediata remisión de deudas es preciso que antes se hayan pagado todos los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, así como el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios. Pero se elude esta exigencia del previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, si previamente se "hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos".

Esta referencia genera lógicas dudas de interpretación, pues conforme al ordinal 3º, ya se prevé que en todo caso el deudor haya instado el acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo al concurso consecutivo. El que en el ordinal 4º el alcance de los pagos que en todo caso deben haber sido satisfechos dependa de si se había intentado o no el acuerdo extrajudicial de pagos parece un contrasentido, pues se supone que si no hubiera sido así no se cumpliría el requisito anterior del ordinal 3º.

5. Ante estas dudas, la interpretación que sostiene la Audiencia resulta muy razonable.

El requisito del ordinal 3º se refiere a que se hubiera instado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, que, al verse frustrado, dio paso al concurso consecutivo, a cuya conclusión por insuficiencia de activo el deudor interesa el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. De modo que, a los efectos del ordinal 3º, basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

Mientras que la referencia contenida en el ordinal 4º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25% del pasivo concursal ordinario, se refiere a que hubiera habido un intento efectivo de acuerdo. Esto es, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada por ellos. Esta referencia pretende incentivar la aceptación por los acreedores de acuerdos extrajudiciales de pagos, a la vista de que en caso contrario el deudor podría obtener la remisión total de sus deudas con el pago de los créditos contra la masa y privilegiados. Pero para esto es necesario que, en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, a los acreedores ordinarios se les hubiera ofrecido algo más que la condonación total de sus créditos. En la ratio del ordinal 4º subyace esta idea del incentivo negativo a los acreedores ordinarios para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos propuesto por el deudor, pues si no lo aceptan, en el concurso consecutivo pueden ver extinguidos totalmente sus créditos.

Si, como ocurre en el presente caso, en la práctica no se ofrece nada, pues la propuesta era la extinción o quita del 100% de los créditos, hemos de concluir, como hizo la Audiencia, que no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. Por esta razón, el Sr. Hipolito no podía obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por la alternativa del ordinal 4º del art. 178 bis 3 LC, sin que previamente hubiera acreditado haber pagado el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2873/2015] DE 20 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Francisco Marín Castán]

Seguro de responsabilidad civil: cláusulas de delimitación temporal de cobertura. Es doctrina jurisprudencial la que afirma que la Ley de Contrato de

Seguro (art. 73-II) regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso primero) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado (inciso segundo) es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro. La delimitación temporal de cobertura contenida en la póliza, según la cual únicamente se cubrían las reclamaciones hechas durante su vigencia, es válida y reúne los requisitos legales cuando esa limitación temporal se compensa con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación ("sin perjuicio de la fecha en que hubiera tenido lugar el hecho que motive su presunta responsabilidad"), es decir, cualquiera que fuese el tiempo de nacimiento de la obligación.

«Los presentes recursos, de casación y extraordinario por infracción procesal, se interponen en un litigio promovido por una comunidad de propietarios contra la compañía que entendía aseguraba la responsabilidad civil del arquitecto proyectista que asumió la dirección facultativa durante la construcción del edificio en la que aquella se ubica. En la demanda, presentada el 28 de mayo de 2013, se ejercitó una acción mero declarativa dirigida a determinar si la posible responsabilidad civil profesional en que pudiera haber incurrido el citado arquitecto a resultas de las patologías que sufría el edificio de la demandante (que esta atribuía a defectos del proyecto) estaba o no cubierta por la aseguradora demandada (con la que había tenido seguro en vigor hasta el 31 de diciembre de 2009). La controversia subsiste porque, aunque en las dos instancias se declaró existente dicha cobertura por falta de validez de la cláusula de delimitación temporal incluida en la póliza, la aseguradora ahora recurrente insiste en su validez por considerar que, dada su cobertura retroactiva sin límite temporal alguno, excluía las reclamaciones de fecha posterior a la vigencia de la póliza, siendo un hecho no discutido que la primera reclamación tuvo lugar en mayo de 2010.

Son antecedentes relevantes para la decisión de los recursos los siguientes:

1.-D. Rubén, de profesión arquitecto, aseguró su responsabilidad civil profesional con la entidad Asemas, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija (en adelante Asemas), mediante póliza que, con sus prórrogas anuales, se mantuvo en vigor ininterrumpidamente desde el 1 de noviembre de

1995 hasta el 31 de diciembre de 2009, fecha a partir de la cual no se renovó, lo que supuso que el asegurado perdiera también su condición de mutualista (...).

2.-En las condiciones generales de la citada póliza (...) se incluyó:

-En su pág. 1, la definición de "siniestro" en los siguientes términos:

"SINIESTRO: Toda reclamación judicial al asegurado por las responsabilidades civiles del mismo, que se deriven del riesgo concreto objeto del seguro.

Se considerará que constituye un solo y único siniestro las reclamaciones debidas a una misma causa original con independencia del número de reclamantes o reclamaciones formuladas.

-En su página 2, como condición general 1.2, la "Definición y Aceptación del siniestro":

" 1.2.1 Se entiende por siniestro la reclamación judicial presentada por un tercero al Asegurado durante el periodo de vigencia de la póliza por las responsabilidades señaladas en el Apartado 1.1 que se deriven de su actividad profesional desarrollada como Arquitecto.

1.2.2 El asegurador aceptará los siniestros que se le declaren siempre que concurran las siguientes condiciones:

a) Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 4º de la Ley del Contrato de Seguro, el Asegurado haya tenido conocimiento de la cédula de citación o emplazamiento de la reclamación o actuación judicial de la Responsabilidad Civil profesional que se le imputa durante el periodo de vigencia de la Póliza, sin perjuicio de la fecha en que hubiera tenido lugar el hecho que motive su presunta responsabilidad, y ello aunque el contenido sea prorrogado".

-En su página 5, una cláusula (nº 4) conteniendo las "Exclusiones" de cobertura, cuyo apartado 4.1. establecía que de las garantías contratadas quedaban excluidas:

"a) Las reclamaciones judiciales interpuestas al Asegurado antes o después de la vigencia de la Póliza, sin perjuicio de la fecha en que hubiera tenido lugar el hecho que motive su presunta responsabilidad".

Por último, al final del documento de condiciones particulares se incluía la siguiente cláusula:

Su texto en negrita era el siguiente: "El Tomador del Seguro y/o Asegurado declara recibir junto con estas Condiciones Particulares, las Condiciones Generales de la Póliza y la Tarifa de Primas. El Tomador del Seguro y/o Asegurado acepta expresamente con su firma el contenido de las Condiciones Generales de esta Poliza y específicamente las resaltadas en letra negrita, que contienen tanto limitaciones para el derecho del Asegurado, como pactos específicos para este contrato (en especial los apartados 5.1; 5.4; 6.2 y 6.3). Asimismo, conoce y acepta su artículo 1º -Objeto y Extensión del Seguro- y el artículo 4º -Exclusiones-. Todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro".

3.-El 13 de mayo de 2010 la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n.º NUM000 de Sevilla promovió acto de conciliación (autos n.º 1087/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Sevilla) contra el referido arquitecto superior, contra el arquitecto técnico, contra Mussat, Mutua de Seguros a Prima Fija, contra Asemas y contra la constructora Womwa-Casas S.L. a fin de que se avinieran a reconocer sus respectivas responsabilidades en la construcción del edificio sobre el que aquella se había constituido (...). En concreto, se dirigía contra Asemas "por su cualidad de aseguradora de la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir D. Rubén en el ejercicio de su profesión".

4.-La referida comunidad de propietarios también solicitó la práctica de diligencias preliminares, dando lugar a las actuaciones n.º 1472/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Sevilla que, por auto de 29 de julio de 2010 (...), accedió a lo solicitado y acordó, en lo que interesa, que tanto por el representante legal de Asemas como por el arquitecto se aportara la póliza de seguro de responsabilidad civil en su día suscrita por ambos.

5.-Con fecha 19 de octubre de 2011 tuvo lugar la exhibición documental acordada. En lo que interesa, consta que el abogado de Asemas adujo que el arquitecto (que no compareció a dicho acto) había sido su asegurado, pero dejó de serlo con fecha 31 de diciembre de 2009, lo que acreditaba mediante el correspondiente certificado al que antes se hizo referencia.

6.-En el acto de conciliación, celebrado el 24 de octubre de 2011 con el resultado de "intentado sin

efecto", el representante legal de Asemas manifestó su oposición porque el arquitecto no era ya su asegurado, reiterándose en el contenido del mencionado certificado.

7.-El 28 de mayo de 2013 la comunidad de propietarios interpuso demanda de juicio ordinario contra Asemas solicitando se declarase en vigor la póliza de responsabilidad civil suscrita por el arquitecto y Asemas, y se reconociera que dicha póliza cubría las posibles responsabilidades civiles en que hubiera podido incurrir el primero frente a la demandante por su actuación profesional en la construcción del edificio en el que esta se ubicaba para el caso de que, en un futuro proceso, se hiciera responsable al arquitecto de los defectos estructurales que aducía la comunidad.

En síntesis, alegaba: (i) que el arquitecto demandado había sido proyectista y director facultativo de las obras del edificio del que formaba parte la comunidad de propietarios demandante, las cuales habían finalizado en el año 2000 (certificado final de obra de fecha 16 de mayo y licencia de primera ocupación de fecha 25 de agosto); (ii) que después se habían detectado defectos estructurales; (iii) que por este motivo la comunidad intentó la conciliación con todos los que intervinieron en la obra (arquitecto superior, arquitecto técnico, aseguradoras de cada uno de ellos y constructora), acto que se celebró sin efecto, y solicitó también la práctica de diligencias preliminares preparatorias del futuro juicio contra los posibles responsables; y (iv) que en ambos procedimientos la aseguradora Asemas había negado cubrir la responsabilidad civil del arquitecto por su actuación profesional durante la construcción del referido edificio porque la póliza suscrita en su día entre ambas partes había dejado de estar en vigor con fecha 31 de diciembre de 2009 y en la misma se entendía por siniestro la reclamación judicial presentada por un tercero al asegurado únicamente "durante el periodo de vigencia de la póliza".

8.-Asemas se opuso a la demanda alegando, en lo que interesa y, en síntesis: (i) que la demandante carecía de legitimación activa tanto para pedir que se declarase la validez de un contrato de seguro del que no era parte como para ejercitar la acción directa del art. 76 LCS, al haberse producido su reclamación con posterioridad a la vigencia del contrato; y (ii) que en todo caso, la delimitación temporal de cobertura contenida en la póliza (apdo. 1.2.1 de las condiciones generales), según la cual únicamente se cubrían las

reclamaciones hechas durante su vigencia, era conforme con el art. 73 LCS, párrafo segundo, y con la jurisprudencia que lo había interpretado (se citaba por considerarla aplicable al caso la SAP Madrid de 24 de marzo de 2010 sobre una cláusula similar de naturaleza retroactiva).

9.-La sentencia de primera instancia, estimando íntegramente la demanda, declaró la vigencia del seguro y consideró cubiertas por el mismo las responsabilidades en que pudiera haber incurrido el arquitecto por su actuación profesional en la construcción del edificio en el que se ubicaba la comunidad de propietarios demandante para el caso de que, en un futuro proceso, se le declarase en todo o en parte responsable de los defectos estructurales del mismo edificio.

Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la demandante tenía legitimación activa porque su acción mero declarativa se fundaba en la nulidad de la definición de siniestro contenida en la póliza y porque la jurisprudencia venía reconociendo legitimación activa para instar la nulidad absoluta a los terceros que, aun sin ser parte en el contrato, tuvieran interés legítimo; (ii) la definición de siniestro contenida en la póliza era nula, con arreglo al art. 2 LCS, por vulnerar los límites o requisitos del párrafo segundo del art. 73 LCS respecto de las dos modalidades admisibles de cláusulas de delimitación temporal de cobertura, "dado que no daría validez, como ocurre en el presente caso, a la reclamación judicial efectuada dentro del año posterior desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato, en perjuicio además de los terceros perjudicados ajenos al contrato", pese a que este había tenido una duración de catorce años, siendo constante la jurisprudencia que las admite únicamente en beneficio y no en perjuicio de los derechos del asegurado o perjudicado; (iii) además, de la documentación aportada por la demandada (testimonio notarial del ejemplar de las condiciones particulares de fecha 1 de noviembre de 1996 y duplicado de fecha 14 de octubre de 2010) no se podía concluir que dicha cláusula limitativa de los derechos del asegurado hubiera sido expresamente aceptada por este, tal y como exige el art. 3 LCS, "pues ni la cláusula limitativa aparece debidamente detallada e identificada (la referencia genérica que se hace a la misma es en un recuadro al final del ejemplar de las condiciones particulares, en el cual se declaran aceptar y conocer siete artículos o apartados de las condiciones generales que se refieren a más de cuatro páginas de las mismas) ni se acredita tampoco

cumplimentado el requisito de firma específica de dicha cláusula limitativa que exige constante jurisprudencia, y ni siquiera se aportan las condiciones generales"; y (iv) por todo ello, la cláusula litigiosa era nula y no oponible al tercero perjudicado en caso de que por este se ejercitara una acción contra la aseguradora Asemas, "sin perjuicio de no prejuzgar en este proceso ni sobre la existencia o no de defectos constructivos, ni la posible responsabilidad final del arquitecto asegurado".

10.-Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación la aseguradora demandada. En síntesis, alegaba:

(i) que el único hecho que admitía era que el seguro no se renovó al concluir el año 2009 por falta de pago de las primas correspondientes a dicha anualidad, lo que legalmente determinó que la cobertura quedara en suspenso durante un mes y se extinguiera con fecha 1 de julio de 2009; (ii) que la demandante no tenía legitimación activa para pretender la nulidad de una cláusula inserta en un contrato del que no era parte, ni podía considerarse perjudicada; (iii) que la sentencia apelada había incurrido en "incongruencia ultra petita al conceder más de lo pedido" según quedó delimitada la pretensión por la parte demandante en su escrito de 21 de noviembre de 2013; y (iv) que en todo caso las posibles reclamaciones contra el arquitecto posteriores a la vigencia de la póliza extinguida no quedaban cubiertas, por ser plenamente válida la cláusula de delimitación temporal incluida en el contrato cumpliendo las exigencias del art. 3 LCS y que debía considerarse de cobertura retroactiva porque de sus términos se desprendía que era más beneficiosa para el asegurado que la modalidad legalmente prevista en el inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 LCS "al contemplar un plazo de retroactividad indefinido en lugar de la retroactividad de un año anterior a la vigencia de la póliza".

11.-La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso, confirmó la sentencia apelada y condenó en costas a la apelante.

En lo que interesa sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) la demandante sí tiene legitimación activa para promover una acción mero declarativa como la deducida en su demanda por ostentar un interés legítimo en que se determine la existencia de contrato de seguro y su cobertura antes de ejercitar la acción directa del art. 76 LCS como perjudicada por las posibles responsabilidades del arquitecto asegurado;

(ii) la cláusula litigiosa es nula por contravenir una norma imperativa y debe tenerse por no puesta, porque, más allá de que sea discutible que su inclusión se haya hecho respetando los requisitos del art. 3 LCS, lo relevante es que el párrafo segundo del art. 73 LCS contempla dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, desprendiéndose del mismo "que la limitación temporal no puede en ningún caso alcanzar al año anterior, ni al posterior a la vigencia del contrato"; (iii) no se examinan las demás alegaciones del recurso de apelación porque no fueron puestas de manifiesto al contestar a la demanda, momento en el que se delimitó el objeto del litigio; y (iv) la sentencia apelada fue congruente con la pretensión mero declarativa deducida en la demanda (no alterada por el escrito de alegaciones de la demandante de fecha 21 de noviembre de 2013) y con las de la demandada en su contestación.

12.-Contra dicha sentencia la entidad demandada ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala en torno a esta cuestión jurídica.

SEGUNDO.-Dado que en casación se suscita una controversia estrictamente jurídica sobre la cláusula de delimitación temporal incluida en la póliza y que esta cuestión ha de resolverse conforme a la reciente jurisprudencia de esta sala (fijada por sentencia de pleno 252/2018, de 26 de abril), según la cual las dos modalidades previstas en el párrafo segundo del art. 73 LCS no son necesariamente acumulativas al estar cada una de ellas sujeta a sus propios requisitos de validez, procede alterar el orden legal en el que en principio deberían resolverse los recursos (d. final 16.ª 1. regla 6.ª LEC) y examinar en primer lugar el recurso de casación a fin de comprobar si la sentencia recurrida se ajusta o no a la doctrina indicada, porque una eventual estimación del recurso de casación determinaría la carencia de efecto útil del recurso por infracción procesal, al venir referido este a la falta de pronunciamiento sobre los efectos del impago de las primas, "toda vez que las denuncias sobre infracción de normas procesales, en cuanto instrumentales de la controversia sustantiva objeto del recurso de casación, habrían perdido relevancia" (sentencia 223/2014, de 28 de abril, citada, junto a otras, por la 71/2016, de 17 de febrero, y sentencias 634/2017, de 23 de noviembre, 641/2012, de 6 de noviembre, y 910/2011 de 21 de diciembre).

Recurso de casación.

TERCERO. -El único motivo del recurso se funda en infracción del art. 73-2.º LCS y en contradicción con la jurisprudencia de esta sala contenida en las sentencias de 4 de junio de 2008 y 19 de junio de 2012.

En síntesis, se alega que la razón decisoria de la sentencia recurrida no se encuentra en que la cláusula de delimitación temporal controvertida incumpla los requisitos que para su válida incorporación y eficacia exige el art. 3 LCS, sino en que para el tribunal sentenciador únicamente sería válida si respetara simultáneamente los requisitos que el párrafo segundo del art. 73 LCS contempla para cada una de sus dos modalidades, de tal manera que cubra tanto los hechos generadores de la responsabilidad acaecidos un año antes como las reclamaciones que se realicen durante el año posterior a la terminación del contrato, exigencia esta última que la recurrente considera contraria a lo dispuesto en el citado precepto y a la jurisprudencia de esta sala porque la validez de cada modalidad, y en particular la validez de las cláusulas de cobertura retroactiva como la controvertida (segundo inciso del párrafo segundo del art. 73 LCS), solo viene condicionada por la concurrencia de los requisitos de su propia modalidad, lo que entiende ha sido el caso al establecerse en dicha cláusula que la cobertura alcanzaba a las reclamaciones hechas durante su vigencia sin perjuicio de que el hecho motivador de la indemnización a cargo del asegurado hubiera podido tener lugar durante el periodo de vigencia o "en cualquier momento anterior al comienzo de los efectos del contrato".

La parte recurrida se ha opuesto al recurso alegando, en síntesis: (i) que el párrafo segundo del art. 73 LCS contempla dos modalidades de cláusulas claim made cuya eficacia depende de que la reclamación se realice durante la vigencia del contrato o cualquiera de sus prórrogas o durante el año posterior o, en su defecto, si la limitación se refiere a las reclamaciones hechas solo durante la vigencia de la póliza, de que como mínimo se cubran los hechos acaecidos durante el año anterior a su entrada en vigor; (ii) que en este caso la cláusula litigiosa no respeta ni unos ni otros requisitos, puesto que solo contempla las reclamaciones que se hagan durante la vigencia de la póliza (excluyendo las que se realicen después) sin extender tampoco la cobertura a los hechos ocurridos durante el año anterior, además de referirse solo a reclamaciones judiciales cuando en realidad la norma lo hace a

reclamación en sentido amplio, sin añadir que deba ser "judicial"; (iii) que la recurrente parte de una interpretación voluntarista del contrato al atribuir eficacia retroactiva ilimitada a la cláusula litigiosa, interpretación que además es una cuestión nueva -no mencionada al contestar sino solo al recurrir en apelación, pág. 13- que supone alterar el objeto de debate; y (iv) que ninguna de las sentencias citadas justifican el interés casacional del recurso por no ser aplicables al caso.

CUARTO. -La citada sentencia de pleno 252/2018, de 26 de abril, se pronuncia por vez primera sobre la cuestión que plantea el presente recurso, consistente en si cualquier cláusula de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil debe o no cumplir simultáneamente los requisitos de las de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro, inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS) y de las retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro, inciso segundo del mismo párrafo).

Según explica dicha sentencia, hasta entonces la jurisprudencia de esta sala, al interpretar el actual párrafo segundo del art. 73 LCS, añadido por la disposición adicional 6.ª de la Ley 30/1965, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se había limitado a pronunciarse sobre la necesidad de que las cláusulas de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil, como cláusulas limitativas que son según la propia norma, cumplieran el requisito condicionante de su validez de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, como exige el art. 3 LCS (sentencias 700/2003, de 14 de julio, 87/2011, de 14 de febrero, 283/2014, de 20 de mayo, y 134/2018, de 8 de marzo), y a declarar que la interpretación de estas cláusulas no debía perjudicar al asegurado ni al perjudicado (sentencias 87/2011, de 14 de febrero, y 366/2012, de 19 de junio), si bien esto último debía ponerse en relación o bien con sentencias sobre el art. 73 LCS antes de su modificación en 1995, o bien con la aplicación de su redacción posterior a casos de sucesión o concurrencia de seguros de responsabilidad civil para evitar periodos de carencia de seguro o de disminución de cobertura en detrimento del asegurado o del perjudicado, pues claro está que las cláusulas de delimitación temporal, como limitativas que son, en principio siempre perjudican al asegurado.

Al abordar por vez primera la cuestión ahora controvertida, la sentencia de pleno, aclarada por auto de 17 de diciembre de 2018, fija en interés casacional la siguiente doctrina jurisprudencial:

"El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso primero) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado (inciso segundo) es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro"

Para llegar a esta conclusión razona, en síntesis, que "cualquiera que sea la opinión que merezca la introducción de su párrafo segundo al alterar la regla general de su párrafo primero para poner el acento no en el nacimiento de la obligación del asegurado de indemnizar a un tercero, sino en la reclamación de este tercero contra el asegurado, lo cierto es que se declaran legalmente admisibles dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, cada una de ellas con sus propios requisitos de validez. Así se desprende de su regulación diferenciada en dos incisos separados por un punto y seguido y del comienzo de la redacción del inciso segundo con el adverbio "asimismo", equivalente a "también", seguido de las palabras "y con el mismo carácter de cláusulas limitativas", reveladoras de que cada una de las modalidades contempladas en el párrafo segundo del art. 73 LCS es diferente de la otra y tiene sus propios requisitos de validez, por más que ambas sean limitativas".

En aplicación de esa doctrina la sala estimó entonces el recurso de casación porque, siendo la cláusula litigiosa "de las retrospectivas o de pasado", la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara "durante la vigencia de la póliza" se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación, lo que legalmente era suficiente para que ese tipo de cláusula fuera válida y eficaz, dado que su validez no dependía, pese a que así lo hubiera entendido la sentencia recurrida, del cumplimiento además del requisito exigido en el inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS para las de cobertura posterior o de futuro.

QUINTO. -La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente caso determina que el motivo, y por tanto el recurso, deba ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) Conforme a la definición de siniestro contenida en el artículo preliminar, y según también los apartados 2.1 y 2.2 del artículo 1 de las condiciones generales de la póliza, el seguro de responsabilidad civil contratado por el arquitecto con Asemas en noviembre de 1995, que con sus prórrogas se mantuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 2009, cubría las reclamaciones judiciales efectuadas al asegurado durante la vigencia de la póliza "sin perjuicio de la fecha en que hubiera tenido lugar el hecho que motive su presunta responsabilidad, y ello aunque el contrato sea prorrogado".

2.ª) Aunque la sentencia recurrida considere "discutible" (párrafo segundo del fundamento de derecho tercero) que dicha cláusula limitativa respete los requisitos del art. 3 LCS, lo hace como una mera hipótesis que no integra su razón decisoria, única que puede ser objeto de impugnación en casación (en este sentido, sentencia 874/2010, de 29 de diciembre, y las que en ella se citan, y sentencia 134/2018, de 8 de marzo). Por tanto, ha de entenderse que la sentencia recurrida considera que la cláusula limitativa sí se ajustó a los requisitos del art. 3 LCS en cuanto a aparecer destacada de modo especial y ser específicamente aceptada por escrito, extremos que por demás quedan también comprobados por esta sala.

3.ª) Como en recurso resuelto por la sentencia de pleno 252/2018, también aquí la cláusula controvertida cumplía con lo exigido para la modalidad del inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 LCS, pues la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara "durante el periodo de vigencia de la póliza" se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación ("sin perjuicio de la fecha en que hubiera tenido lugar el hecho que motive su presunta responsabilidad"); es decir, cualquiera que fuese el tiempo de nacimiento de la obligación, por más que la redacción de esta retroactividad temporalmente ilimitada fuese manifiestamente mejorable si se hubiera sustituido la fórmula "sin perjuicio" por una expresión más precisa.

4.ª) En consecuencia la sentencia recurrida, al considerar nula la cláusula en cuestión por no cumplir un requisito (que la limitación temporal no excluyera las reclamaciones hechas en el año posterior a la vigencia de la póliza) que en realidad no era exigible para esa concreta modalidad por serlo únicamente

para las de futuro, se opone a la doctrina jurisprudencial fijada al respecto por esta sala.

5.ª) No es óbice a la estimación del motivo el argumento de la parte recurrida que considera una cuestión nueva, introducida por vez primera en su recurso de apelación, la de la cobertura retroactiva ilimitada del seguro, que según dicha parte no fue alegada por la aseguradora al contestar a la demanda: primero, porque la decisión sobre la validez de una cláusula de delimitación temporal necesariamente exige una interpretación conjunta y sistemática de todo el contenido del contrato de seguro relativo a esa cuestión, conforme al art. 1285 CC, que tiene al juez por principal destinatario; y segundo, porque la falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación no fue realmente una cuestión nueva planteada por vez primera en apelación, pues en su contestación a la demanda la ahora recurrente ya aludió expresamente a una sentencia (SAP Madrid, de 24 de marzo de 2010) sobre un caso similar al presente por versar sobre una cláusula de naturaleza retroactiva cuya validez, según dicha sentencia y lo alegado con mayor o menor precisión por la aseguradora, dependía (a diferencia de las de futuro) de que el plazo de extensión retroactiva de la cobertura respecto de hechos generadores ocurridos antes de la vigencia de la póliza tuviera la duración mínima de un año.

6.ª) Por último, tampoco es óbice a la estimación del motivo el argumento de la parte recurrida sobre la restricción consistente en exigir que la reclamación fuese "judicial" cuando resulta que el art. 73 LCS se refiere únicamente a "reclamación" sin más, ya que dicha parte, que demandó como perjudicada tras reclamar judicialmente después de que expirase la vigencia de la póliza, no presentó ninguna reclamación no judicial durante su vigencia y, por tanto, carece de un interés legítimo para suscitar esta cuestión.

SEXTO. -Según el artículo 487.3 LEC, "cuando el recurso de casación sea de los previstos en el número 3º del apartado 2 del artículo 477 LEC, si la sentencia considera fundado el recurso, además de casar en todo o en parte, la sentencia recurrida, declarará lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia".

En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida para, en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la aseguradora demandada, desestimar totalmente la demanda y reiterar como

doctrina jurisprudencial la de la sentencia 252/2018, de 26 de abril, aclarada por auto de 17 de diciembre de 2018, sin necesidad de resolver el recurso extraordinario por infracción procesal por las razones ya expuestas en el fundamento de derecho segundo».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1594/2016] DE 21 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Concurso de acreedores: efectos sobre los créditos en particular. Prohibición de compensación y operaciones de liquidación del contrato de obra en caso de concurso de acreedores de la contratista: la compensación de créditos y deudas recíprocos como mecanismo de liquidación del contrato ya resuelto. Es doctrina jurisprudencial la que entiende que queda excluido el régimen de prohibición de compensación previsto por la Ley Concursal (art. 58) cuando la compensación se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes.- Razonabilidad de que la cantidad objeto de condena no devengue intereses desde la demanda, sino desde la fecha de la sentencia de apelación que determinó la cuantía del crédito.

«Entre Bruesa Construcción, S.A. (en adelante, Bruesa) y La Reserva de Marbella, S.L. (en adelante, La Reserva) mediaban dos relaciones contractuales de ejecución de obra con suministro de materiales, en las que Bruesa era la contratista y La Reserva la comitente de la obra. De una parte, el contrato de 12 de junio de 2006, para la construcción del Hotel Galeón (ahora, Hydros); y, de otra, el contrato de 14 de junio de 2006, para la construcción del Hotel Polynesia.

2. En noviembre de 2009, Bruesa presentó una demanda contra La Reserva en la que reclamaba, en lo que ahora interesa, un crédito de 13.498.330,25 euros proveniente de la ejecución de obras del Hotel Polynesia; y otro crédito de 2.979.319,53 euros proveniente de la ejecución de obras del Hotel Hydros.

3. La Reserva no sólo se opuso a la demanda, sino que además planteó una reconvencción.

En relación con las cantidades provenientes del contrato de obra del Hotel Polynesia, La Reserva, después de aplicar las deducciones, penalizaciones por

retraso e indemnizaciones por vicios y defectos en la construcción, entendía que no sólo no debía nada, sino que tenía un crédito frente a Bruesa de 4.011.568,42 euros. Y por lo que se refiere del crédito proveniente de las obras del Hotel Hydros, La Reserva entendía que había que aplicar penalizaciones por retraso y reducciones por indemnización de vicios y defectos, que reducían dicho crédito a 1.381.039,54 euros.

Consiguientemente, en su reconvencción, La Reserva pedía la compensación de un crédito con otro, y que la demandada reconvenida, Bruesa, fuera condenada a pagarle 2.630.528,88 euros.

4. Mientras estaba el pleito pendiente de su resolución en primera instancia, Bruesa fue declarada en concurso de acreedores por auto de 8 de febrero de 2011.

5. La sentencia de primera instancia, dictada el 3 de septiembre de 2012, resolvió lo siguiente: en relación con el contrato de obra de Hotel Polynesia, después de estimar en parte la demanda y la reconvencción, cifró el crédito de Bruesa frente a La Reserva en 6.888.764,30 euros; y por lo que se refiere al contrato de obra del Hotel Hydros, el juzgado estimó la reclamación de Bruesa (2.646.363,9 euros) y rechazó las pretensiones de La Reserva de reducir el crédito. En consecuencia con los anterior, el Juzgado condenó a La Reserva a pagar a Bruesa la suma de 9.535.128,2 euros.

6. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por La Reserva y Bruesa aprovechó el recurso para impugnar la sentencia. Fue en esta impugnación en la que Bruesa adujo que, al estar en concurso de acreedores, no podían compensarse los créditos de una y otra parte, en aplicación del art. 58 Ley Concursal (en adelante, LC).

La Audiencia estima en parte el recurso de apelación de La Reserva y desestima la impugnación de Bruesa. En concreto, cifra el crédito de Bruesa frente a La Reserva en 6.029.013,47 euros, menos la reducción que corresponda al coste de la reparación de las deficiencias en la construcción del Hotel Polynesia consistentes en humedades bajo la cubierta invertida e inundación de la entrada, cuya cuantificación se dejaba para ejecución de sentencia. También reconoce un crédito de La Reserva frente a Bruesa de 3.504.024 euros (1.364.024 euros, por defectos, omisiones y excesos; y 2.140.000 euros, de penalidad por retraso en la terminación). Pero rechaza la compensación

entre el crédito reconocido a Bruesa y el reconocido a La Reserva.

7. Frente a la sentencia de apelación, La Reserva formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de cuatro motivos, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

SEGUNDO. Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación del motivo primero. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 218.1 LEC), al haber incurrido en incongruencia extra petita.

En el desarrollo del motivo se argumenta que esta infracción se habría producido porque, según el recurrente, había solicitado tanto en la demanda reconvenccional como en el recurso de apelación, que "el importe total de las partidas no ejecutadas, facturaciones duplicadas o erróneas en relación al Hotel Polynesia se descontara del precio del contrato de arrendamiento de obra a abonar por mi representada". No solicitó que se le reconociera un derecho de crédito por los importes correspondientes a esas partidas no ejecutadas, facturaciones duplicadas o erróneas en relación con el Hotel Polynesia. Sin embargo, la sentencia recurrida desatiende esta petición de descuento y reconoce un derecho de crédito que no había sido solicitado.

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

2. Estimación del motivo primero. Como hemos reiterado en otras ocasiones, "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir], y el fallo de la sentencia" (por todas, sentencia 173/2013, de 6 de marzo). En particular, en relación con la modalidad de incongruencia extra petitum, haber resuelto algo que no formaba parte del objeto del proceso, el Tribunal Constitucional puntualiza que "el juzgador está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente formuladas por los litigantes" (STC 182/2000, de 10 de julio). De tal forma que "no se incurre en incongruencia cuando se da acogida a lo que sustancialmente está comprendido en el objeto

del pleito o implícitamente en las pretensiones deducidas en la demanda" (sentencia 1015/2006, de 13 de octubre).

La sentencia de apelación aprecia que, frente al crédito reclamado por la contratista correspondiente a las obras del Hotel Polynesia, existían partidas no ejecutadas y facturas duplicadas o erróneas, que cifra en un importe total de 1.364.024 euros. Con ello estima una de las pretensiones ejercitadas por la demandada en su contestación, que objetó, entre otras excepciones, que del crédito reclamado por la contratista por la ejecución de esas obras debía reducirse el importe correspondiente a esas partidas no ejecutadas y a las facturas duplicadas o erróneas. Pero, como denuncia la demandada ahora recurrente (La Reserva), apreciar esta objeción no podía conllevar el reconocimiento de un crédito por ese importe, que no había sido reclamado, sino la reducción del crédito de la contratista por la ejecución de esas obras, en cuanto que la excepción fue que el crédito que le correspondía a la contratista era inferior al reclamado por la existencia de partidas no ejecutadas y facturas duplicadas o erróneas. La estimación de esta objeción no podía dar lugar a otra cosa que a la reducción del crédito de la contratista demandante. Si en vez de ello se le reconoce a la demandada un crédito por el importe de lo que debía ser aminorado del crédito de la contratista demandante, al margen de que pudiera considerarse improcedente, es cuando menos una extralimitación del objeto litigioso, pues la demandada no lo había pedido. Razón por la cual cabe apreciar una incongruencia extra petitem.

3. La estimación del motivo conlleva la deducción de esta cantidad de 1.364.024 euros del crédito reconocido a la contratista por las obras del Hotel Polynesia.

La Audiencia reconoce a la contratista un derecho de crédito por las obras realizadas en el Hotel Polynesia de 4.136.560,74 euros y otro derecho de crédito por las obras del Hotel Hydros de 1.892.452,73 euros.

Del crédito por las obras del Hotel Polynesia (4.136.560,74 euros) hay que descontar 1.364.024 euros. De tal forma que el crédito que la contratista tendría por las obras del Hotel Polynesia por ahora sería de 2.772.536,74 euros.

TERCERO. Motivos segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación de los motivos segundo y tercero. El motivo segundo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, también por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y, en concreto, del principio de congruencia, contenido en el art. 218.1 LEC (incongruencia por exceso).

La sentencia se pronuncia sobre una cuestión, la aplicación al presente caso de la prohibición de compensación de créditos prevista en el art. 58 LC, que estaba fuera del debate procesal. Es una cuestión nueva que no se había planteado en primera instancia.

El motivo tercero se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por vulneración de los principios de contradicción, audiencia bilateral e igualdad de armas entre las partes (art. 24.1 CE).

En el desarrollo del motivo expresamente se reconoce que este motivo está "en estrecha vinculación con el motivo anterior". Y se argumenta a continuación:

"La decisión de la Audiencia Provincial de resolver el recurso de apelación con arreglo a una pretensión no deducida en la primera instancia y, por tanto, admitiendo la introducción de una "cuestión nueva" en la apelación, supone la vulneración de los principios de contradicción, audiencia bilateral, igualdad de armas procesales y defensa, protegidos por el art. 24.1 de la Constitución Española".

Procede desestimar estos dos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación de los motivos segundo y tercero. En la contestación a la demanda y reconvección, frente a la reclamación de un crédito de la contratista por las obras del Hotel Polynesia, la demandada, junto a otras excepciones, objetó que del crédito reclamado debía detraerse la parte correspondiente a las partidas no ejecutadas y las facturas duplicadas o erróneas, y que por el retraso en la terminación de la obra debía aplicarse la penalización convenida.

La sentencia de apelación confirmó la existencia de partidas no ejecutadas y facturas duplicadas o erróneas, y su cuantificación en 1.364.024 euros. Y también apreció el retraso en la terminación de la obra y la procedencia de aplicar una penalización de 2.140.000 euros. Pero no detrajo ambas cantidades del crédito que por las obras del Hotel Polynesia reconocía a la contratista, porque supondría una compensación prohibida por el art. 58 LC pues la contratista había sido declarada en concurso de

acreedores. La prohibición de compensación había sido planteada por la contratista en su impugnación a la apelación.

Ya hemos argumentado, al apreciar el motivo anterior, que la suma de 1.364.024 euros no debía ser reconocida como un crédito de la propietaria de las obras frente a la contratista, sino, conforme a lo solicitado, debía detraerse del crédito de la demandante.

Por lo que nos centraremos en si la aplicación de la prohibición de compensación respecto de la penalización por retraso (2.140.000 euros), constituye una extralimitación del objeto litigioso.

3. Apreciar la penalización por retraso, cuantificada en 2.140.000 euros, supone reconocer que por tal concepto la propietaria de la obra tiene un derecho de crédito por ese importe frente a la contratista. La pretensión de la propietaria de la obra, al contestar a la demanda y formular la reconvención, era que este crédito se compensara con el que pudiera ser reconocido al contratista demandante por la ejecución de la obra.

Estimar el crédito de penalización por retraso, a favor de la propietaria de la obra, y desestimar la compensación por concurrir una prohibición de compensación del art. 58 LC no constituye, como veremos, una incongruencia, aunque en la contestación a la reconvención no hubiera sido formulada expresamente la prohibición del art. 58 LC y sí en la impugnación al recurso de apelación. No hay incongruencia porque la situación de concurso de la contratista fue posterior al inicio del procedimiento y la procedencia de la prohibición de compensación no tutela tanto los intereses de la contratista concursada, como los del resto de sus acreedores, representados por el respeto a la par condicio creditorum.

Al margen de si se apreció bien o mal esta prohibición legal, su aplicación tiene un cierto carácter imperativo, esto es, no puede quedar a disposición de la concursada. Por esa razón, al tratarse de un presupuesto legal para que pueda operar la compensación pretendida en la contestación a la demanda, caso de estar en concurso uno de los titulares de los créditos que se pretenden compensar, la sentencia no incurre en la incongruencia denunciada en el motivo segundo.

Tampoco supone una "vulneración de los principios de contradicción, audiencia bilateral, igualdad de armas

procesales y defensa, protegidos por el art. 24.1 de la Constitución Española", denunciada en el motivo tercero, porque se trata de una cuestión jurídica sobre la que la propietaria de la obra apelante pudo alegar en el trámite de oposición a la impugnación.

CUARTO. Motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación del motivo cuarto. El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.1 CE, al haberse valorado de forma arbitraria o con error notorio el dictamen pericial de la Sra. Miriam.

Esta denuncia afecta al pronunciamiento de la reducción del precio por deficiencias existentes en la carpintería interior del Hotel Polynesia. La demandada (La Reserva), sobre la base de un informe pericial del Sr. Sabino, sostenía que las deficiencias en la colocación de la carpintería debían valorarse en 15.000 euros. Frente a esa tesis, la otra perito, la Sra. Miriam, afirmaba que el defecto sólo afectaba a ocho puertas y su reparación debía valorarse en 348,91 euros. La sentencia acoge esta segunda tesis, al afirmar que acepta las apreciaciones de la Sra. Miriam, pero luego concluye que procede excluir esta deficiencia.

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

2. Estimación del motivo cuarto. Con frecuencia hemos insistido en que la valoración de la prueba corresponde a los tribunales de instancia sin que el recurso extraordinario por infracción procesal sea el cauce ordinario para la revisión de esta valoración probatoria como si se tratara de una tercera instancia. Pero también hemos advertido que, de manera excepcional, cabría justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva" (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero). Lo único que puede justificar la apreciación de este motivo, en relación con la valoración de la prueba que ha determinado la base fáctica sobre la que el tribunal de instancia ha realizado las necesarias valoraciones jurídicas que requiere la resolución del caso, es que haya incurrido en un error notorio o en arbitrariedad, o también que haya vulnerado una regla tasada de valoración de la prueba.

En nuestro caso el error es patente. En la controversia sobre los defectos en la carpintería del Hotel Polynesia, la Audiencia rechaza la valoración del perito Sr. Sabino, sobre la que se fundaba una reclamación de 15.000 euros a deducir del precio pendiente de pago, y expresamente afirma que acoge la valoración de la perito Sra. Miriam, quien reconoce que ha habido defectos en la colocación de la carpintería, pero que sólo afectan a ocho puertas, cuyo coste de reparación tasa en 348,91 euros más IVA (404,74 euros). Después de lo anterior, constituye un error evidente concluir, a continuación, que no ha quedado acreditada la existencia de tales defectos ni su cuantificación.

3. La estimación del error conlleva deducir esta cantidad de 404,74 euros del crédito reconocido a la contratista demandante por las obras del Hotel Polynesia. Si este crédito, tras la deducción practicada como consecuencia de la estimación del motivo primero, era de 2.772.536,74 euros, con la rebaja de 404,74 euros, queda reducido a 2.772.132 euros.

QUINTO. Motivos primero y segundo del recurso de casación.

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción, por indebida aplicación, del art. 58 LC, así como de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril, 30 de mayo y 24 de julio de 2014, al existir una neutralización recíproca de partidas para liquidar cada contrato, y no una extinción de obligaciones por compensación.

Esta infracción se habría cometido al aplicar la prohibición de compensación del crédito que respecto de las obras del Hotel Polynesia se reconoce a la contratista (4.136.560,74 euros) con los créditos que respecto de la misma obra se reconoce a la propietaria de la obra (2.140.000 euros de penalización por retraso y 1.346.024 euros de partidas no ejecutadas, facturas duplicadas o erróneas).

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

2. Estimación del motivo primero. En primer lugar, y como consecuencia de la estimación del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, hemos de centrar este motivo en la procedencia de la compensación del crédito de penalización por retraso que se reconoce a la propietaria de la obra (2.140.000 euros).

La Audiencia niega la procedencia de esta compensación por la prohibición del art. 58 LC. Pero, como se afirma en el recurso, esta prohibición de compensación no opera en supuestos, como el presente, de liquidación de una relación contractual. Así, esta sala expresamente ha excluido del régimen de prohibición de compensación del art. 58 LC los casos en que la compensación se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes (sentencia 428/2014, de 24 de julio). En realidad, más que una compensación es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto (sentencia 188/2014, de 15 de abril).

Eso sí, como también explica el recurrente, la liquidación operaría en el seno de cada uno de los dos contratos de obra. En concreto, en el contrato de obra del Hotel Polynesia, en el que, frente al crédito de la contratista, que tras la estimación de los motivos primero y cuarto del recurso infracción procesal había quedado reducido a 2.772.132 euros, la propietaria de la obra puede deducir el importe correspondiente a las penalizaciones por retraso en la terminación de la obra, que se había cifrado en 2.140.000 euros. De tal forma que el crédito que resulta a favor de la contratista es de 632.132 euros.

Lógicamente, a esta suma habría que añadir el crédito que la contratista tiene por las obras del Hotel Hydros de 1.892.452,73 euros, lo que arroja un saldo final de 2.524.584,73 euros.

3. La estimación del motivo primero de casación hace innecesario entrar a analizar el motivo segundo, que se planteó de forma subsidiaria, para el caso que el primero fuera desestimado.

SEXTO. Motivo tercero de casación.

1. Formulación del motivo tercero. El motivo denuncia la infracción del párrafo primero del art. 1100 CC y el art. 1108 CC, así como la jurisprudencia que los interpreta, y la regla "in illiquidis non fit mora" y su sometimiento al canon de razonabilidad. Y cita las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009 y 12 de marzo de 2008.

En el desarrollo del motivo argumenta que en un supuesto como este en que del crédito reclamado por la demandante se habría reconocido sólo un 15%, tras

un proceso complejo, no debería condenarse al pago de los intereses legales desde la demanda, sino desde la fecha de la sentencia de segunda instancia.

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

2. Estimación del motivo. Este motivo tercero plantea si es correcto que el crédito de la contratista objeto de condena devengue intereses desde la presentación de la demanda o, en aplicación de la regla in illiquidis non fit mora, desde la fecha de la sentencia.

La jurisprudencia sobre la materia se halla contenida en la sentencia 61/2018, de 5 de febrero, que la sintetiza así:

"Esta sala, a partir del Acuerdo de 20 de diciembre de 2005 consolida una nueva orientación, que se plasma en sentencias, entre otras, de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio, 2 de julio de 2007, 12 de mayo 2015, que, prescindiendo del alcance dado a la regla in illiquidis non fit mora, atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses y concreción del dies a quo del devengo. Este moderno criterio, que da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva de la tutela judicial, toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado".

En su demanda, la contratista reclamaba la condena de la propietaria de la obra al pago de un crédito de 13.498.330,25 euros por la ejecución de las obras del Hotel Polynesia y otro de 2.979.319,53 por la ejecución de obras del hotel Hydros.

La sentencia de apelación, ahora recurrida en casación, reconoció un crédito de 4.136.560,74 euros, por las obras del Hotel Polynesia, y otro de 1.892.452,73 euros, por las del Hotel Hydros.

Ahora, como consecuencia de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y el primer motivo de casación, el crédito por las obras del Hotel Polynesia ha quedado reducido a 632.132 euros, y se mantiene el crédito de 1.892.452,73 euros por las obras del Hotel Hydros.

La naturaleza de los dos créditos reclamados, esencialmente el precio adeudado por las obras realizadas por el contratista, junto con las objeciones formuladas por la demandada en su contestación y reconvencción, que guardan relación con la improcedencia de algunas partidas y facturas reclamadas, además de la procedencia de descontar y compensar penalizaciones e indemnizaciones por una defectuosa ejecución de los trabajos, y, sobre todo, que la sentencia estima sustancialmente las pretensiones de la demandada y reduce el importe del crédito del contratista a un 15%, aproximadamente, respecto de lo solicitado en la demanda, ponen en evidencia la razonabilidad de que la cantidad objeto de condena no devengue intereses desde la demanda, sino desde la fecha de la sentencia de apelación conforme a lo previsto en el art. 576.2 LEC. Es en esta sentencia en la que sustancialmente se determinó el crédito de la demandante, sin perjuicio de que, como consecuencia de la aplicación de la prohibición de compensación del art. 58 LC, no se procediera a la compensación judicial de los créditos que reconocía a una y otra parte».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2045/2016] DE 21 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas]

Doctrina jurisprudencial sobre la legitimación activa del presidente de la Comunidad de Propietarios para ejercitar la acción de responsabilidad contractual: cuando el presidente tiene un mandato conferido con la necesaria extensión para reclamar judicialmente en base a los daños existentes en los elementos privativos no procede limitar las competencias del presidente, ya que los comuneros le han conferido su representación y es de indudable interés para la comunidad que se litigue bajo una misma representación.

«Por la Comunidad de Propietarios de CALLE000, núm. NUM000 - NUM001, de Cáceres, se formuló demanda de juicio ordinario contra la mercantil Inmobiliaria Pimar, S.L., solicitando se condenara, a la demandada, a realizar a su costa las obras necesarias para la eliminación de los defectos existentes conforme informe pericial, en plazo de dos meses, y en caso no ejecutarse, se condenara al pago de la cantidad equivalente al coste de las operaciones que según informe, alcanza a los 36.353,50 euros.

Se opuso la demandada, alegando entre otras cuestiones la falta de legitimación del presidente de la Comunidad, por ejercerse acción contractual.

La sentencia de primera instancia, desestimó la falta de legitimación, estimó en parte la demanda y condenó a la demandada.

Recurrió en apelación la parte demandada y la sentencia de segunda instancia de fecha 16 de marzo de 2016 estimó el recurso, y absolvió a la demandada, porque en este caso se accionó exclusivamente en base al art. 1101 CC; citó la STS 18 de octubre de 2013, la de 2 de marzo de 2012, y la de 16 de marzo de 2011 para decir que son los propietarios del edificio los legitimados para la acciones contractuales, en este caso no se ejercitó la acción decenal del art. 1591 CC ni las acciones de la LOE, y en las juntas de propietarios siempre se ha autorizado al presidente para reclamar vicios constructivos. En ningún momento los propietarios facultaron al presidente para ejercitar acciones de sus respectivos contratos de compraventa. No consta expresamente tal habilitación o autorización, y ni tan siquiera consta la opinión de todos los propietarios por cuanto algunos no asistieron a la reunión pretendidamente habilitante.

La parte actora recurre en casación, en un motivo:

Por desconocimiento de la doctrina jurisprudencial sobre legitimación activa del presidente de una comunidad de propietarios para ejercer la acción de responsabilidad contractual ex art. 1101 CC frente a la sociedad vendedora -promotora. Cita las SSTs 23 de abril de 2013 y 7 de enero de 2015.

SEGUNDO. - Motivo único.

Motivo único. Interés casacional. Desconocimiento de la doctrina jurisprudencial sobre legitimación activa del presidente de la Comunidad de Propietarios para ejercitar acción de responsabilidad contractual, ex art. 1101 y concordantes del Código Civil frente a la sociedad vendedora-promotora.

Se estima el motivo.

TERCERO. - Actas de la junta de propietarios.

En acta de junta general ordinaria de propietarios de 30 de junio de 2010 se acordó por la comunidad demandante: "En el presente subpunto del orden del día se hizo una retrospectiva en cuanto a una serie de defectos existentes en el edificio y zonas comunes

manifestados y determinados a través del informe pericial redactado por la arquitecto técnico Doña Fátima y que motivaron en virtud del acuerdo adoptado en pasada junta un requerimiento notarial a la constructora PINILLA PIMAR S.L. a fin de que en un plazo amistoso procediera a su reparación con la advertencia de acudir a la vía judicial en caso de no llevar a cabo dichas actuaciones; Dado que con posterioridad a dicha reclamación notarial no se ha manifestado intención por parte de la constructora de solucionar amistosamente dichos defectos, se procedió en consecuencia y por la unanimidad de los asistentes a la interposición de toda clase de acciones judiciales tendentes a reparar los presuntos daños causados a la Comunidad de Propietarios CALLE000 NUM000 y NUM001 tanto en elementos privativos como comunes, facultándose al Sr. Secretario Administrador para el libramiento de las oportunas certificaciones y practica de requerimientos y al Sr. Presidente y/o Vicepresidente elegido en esta sesión para el ejercicio de las oportunas acciones legales y nombramiento de abogado y procurador".

En acta de junta general ordinaria de 22 de mayo de 2012 se acordó: "En el presente subpunto del orden del día se hizo una retrospectiva en cuanto a la serie de defectos existentes en el edificio y zonas privativas manifestados y determinados a través de un informe pericial redactado por la arquitecto técnico D^a Fátima y que motivaron un requerimiento notarial a la constructora PINILLA PIMAR S.L., a fin de que en un plazo amistoso procediera a su reparación con la advertencia de acudir a la vía judicial en caso de no llevar a cabo dichas actuaciones. Dado que con posterioridad a dicha reclamación notarial no se ha manifestado intención por parte de la constructora de solucionar amistosamente dichos defectos, se procedió en consecuencia y por unanimidad de los asistentes, en base a la recomendación técnica del letrado de la comunidad D. Javier Cervantes Jiménez, a la redacción actualizada de deficiencias comunes y privativas a través de un informe por arquitecto superior, previa a la interposición de acciones judiciales contra Pinilla ya aprobadas en la anterior junta de propietarios, interposición a fin de reparar los daños y deficiencias tanto en elementos comunes como privativos."

Del contenido de las referidas actas se deduce con claridad y sin lugar a dudas que el presidente estaba facultado por los comuneros para reclamar judicialmente en base a los daños existentes en los elementos privativos.

CUARTO. - Decisión de la sala. Legitimación del presidente de la comunidad.

Esta sala en sentencia 383/2017, de 16 de junio, considera que sí existe legitimación en estos casos: "[...]Esta sala debe declarar que en las actas antes transcritas se facultó al presidente para reclamar los vicios en los elementos privativos, al menos en dos ocasiones, ejerciendo las acciones que procediesen "según ley". Tan amplio mandato permitía al presidente ejercitar las acciones relativas al incumplimiento contractual, pues no es exigible a una comunidad que refleje en el acta el tipo de acción procesal ejercitable, bastando con que se le confiera autorización para reclamar en nombre de los comuneros, con lo cual el presidente no se extralimita sino que cumple con lo encomendado por los comuneros, de forma expresa y diáfana (art. 13 LPH).

"Limitar las competencias del presidente, cuando los comuneros le han conferido su representación, introduce una innecesaria distorsión que perjudica los intereses de la comunidad y de cada uno de sus comuneros, siendo de indudable interés para la comunidad que se litigue bajo una misma representación, cuando el presidente tiene un mandato conferido con la necesaria extensión.

"El presidente se ha limitado a ejercitar las acciones procesales procedentes, según el criterio de su dirección jurídica, sin que conste extralimitación alguna en su función ni uso arbitrario de las facultades concedidas [...]".

En igual sentido la sentencia 278/2013, de 23 de abril.

A la vista de la referida doctrina jurisprudencial debemos declarar que en la sentencia recurrida se restringe indebidamente la legitimación del presidente de la comunidad, en cuanto que debemos declarar que ostentaba un amplio mandato de los comuneros para reclamar por los daños en los elementos privativos.

Alega la recurrida que los acuerdos de las juntas mencionaban a la constructora y no a la promotora, pero del tenor de los mismos debemos declarar que el acuerdo facultaba para cualquier tipo de acción, debiendo concretarse que las acciones por responsabilidad contractual solo cabían contra la promotora, que es la demandada.

A ello cabe añadir, que en la sentencia recurrida en ningún momento se ha cuestionado la legitimación

pasiva de la demandada, poniendo en tela de juicio, solo la legitimación activa de la Comunidad.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso por infracción de la doctrina jurisprudencial, asumiendo la instancia y confirmando íntegramente la sentencia de 19 de octubre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cáceres (procedimiento ordinario 687/2012)».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2873/2015] DE 20 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Francisco Marín Castán]

Seguro de responsabilidad civil: cláusulas de delimitación temporal de cobertura. Es doctrina jurisprudencial la que afirma que la Ley de Contrato de Seguro (art. 73-II) regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso primero) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado (inciso segundo) es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro. La delimitación temporal de cobertura contenida en la póliza, según la cual únicamente se cubrían las reclamaciones hechas durante su vigencia, es válida y reúne los requisitos legales cuando esa limitación temporal se compensa con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación ("sin perjuicio de la fecha en que hubiera tenido lugar el hecho que motive su presunta responsabilidad"), es decir, cualquiera que fuese el tiempo de nacimiento de la obligación.

«Los presentes recursos, de casación y extraordinario por infracción procesal, se interponen en un litigio promovido por una comunidad de propietarios contra la compañía que entendía aseguraba la responsabilidad civil del arquitecto proyectista que asumió la dirección facultativa durante la construcción del edificio en la que aquella se ubica. En la demanda, presentada el 28 de mayo de 2013, se ejercitó una acción mero declarativa dirigida a determinar si la posible responsabilidad civil profesional en que pudiera haber incurrido el citado arquitecto a resultas de las patologías que sufría el edificio de la demandante (que esta atribuía a defectos del proyecto) estaba o no cubierta por la aseguradora demandada (con la que había tenido seguro en vigor hasta el 31 de diciembre de 2009). La controversia subsiste porque, aunque en las dos instancias se

declaró existente dicha cobertura por falta de validez de la cláusula de delimitación temporal incluida en la póliza, la aseguradora ahora recurrente insiste en su validez por considerar que, dada su cobertura retroactiva sin límite temporal alguno, excluía las reclamaciones de fecha posterior a la vigencia de la póliza, siendo un hecho no discutido que la primera reclamación tuvo lugar en mayo de 2010.

Son antecedentes relevantes para la decisión de los recursos los siguientes:

1.-D. Rubén, de profesión arquitecto, aseguró su responsabilidad civil profesional con la entidad Asemas, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija (en adelante Asemas), mediante póliza que, con sus prórrogas anuales, se mantuvo en vigor ininterrumpidamente desde el 1 de noviembre de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2009, fecha a partir de la cual no se renovó, lo que supuso que el asegurado perdiera también su condición de mutualista (...).

2.-En las condiciones generales de la citada póliza (...) se incluyó:

-En su pág. 1, la definición de "siniestro" en los siguientes términos:

"SINIESTRO: Toda reclamación judicial al asegurado por las responsabilidades civiles del mismo, que se deriven del riesgo concreto objeto del seguro.

Se considerará que constituye un solo y único siniestro las reclamaciones debidas a una misma causa original con independencia del número de reclamantes o reclamaciones formuladas.

-En su página 2, como condición general 1.2, la "Definición y Aceptación del siniestro":

" 1.2.1 Se entiende por siniestro la reclamación judicial presentada por un tercero al Asegurado durante el periodo de vigencia de la póliza por las responsabilidades señaladas en el Apartado 1.1 que se deriven de su actividad profesional desarrollada como Arquitecto.

1.2.2 El asegurador aceptará los siniestros que se le declaren siempre que concurran las siguientes condiciones:

a) Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 4º de la Ley del Contrato de Seguro, el Asegurado haya tenido conocimiento de la cédula de citación o

emplazamiento de la reclamación o actuación judicial de la Responsabilidad Civil profesional que se le imputa durante el periodo de vigencia de la Póliza, sin perjuicio de la fecha en que hubiera tenido lugar el hecho que motive su presunta responsabilidad, y ello aunque el contenido sea prorrogado".

-En su página 5, una cláusula (nº 4) conteniendo las "Exclusiones" de cobertura, cuyo apartado 4.1. establecía que de las garantías contratadas quedaban excluidas:

"a) Las reclamaciones judiciales interpuestas al Asegurado antes o después de la vigencia de la Póliza, sin perjuicio de la fecha en que hubiera tenido lugar el hecho que motive su presunta responsabilidad".

Por último, al final del documento de condiciones particulares se incluía la siguiente cláusula:

Su texto en negrita era el siguiente: "El Tomador del Seguro y/o Asegurado declara recibir junto con estas Condiciones Particulares, las Condiciones Generales de la Póliza y la Tarifa de Primas. El Tomador del Seguro y/o Asegurado acepta expresamente con su firma el contenido de las Condiciones Generales de esta Poliza y específicamente las resaltadas en letra negrita, que contienen tanto limitaciones para el derecho del Asegurado, como pactos específicos para este contrato (en especial los apartados 5.1; 5.4; 6.2 y 6.3). Asimismo, conoce y acepta su artículo 1º -Objeto y Extensión del Seguro- y el artículo 4º -Exclusiones-. Todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro".

3.-El 13 de mayo de 2010 la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n.º NUM000 de Sevilla promovió acto de conciliación (autos n.º 1087/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Sevilla) contra el referido arquitecto superior, contra el arquitecto técnico, contra Mussat, Mutua de Seguros a Prima Fija, contra Asemas y contra la constructora Womwa-Casas S.L. a fin de que se avinieran a reconocer sus respectivas responsabilidades en la construcción del edificio sobre el que aquella se había constituido (...). En concreto, se dirigía contra Asemas "por su cualidad de aseguradora de la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir D. Rubén en el ejercicio de su profesión".

4.-La referida comunidad de propietarios también solicitó la práctica de diligencias preliminares, dando lugar a las actuaciones n.º 1472/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Sevilla que, por auto de 29

de julio de 2010 (...), accedió a lo solicitado y acordó, en lo que interesa, que tanto por el representante legal de Asemas como por el arquitecto se aportara la póliza de seguro de responsabilidad civil en su día suscrita por ambos.

5.-Con fecha 19 de octubre de 2011 tuvo lugar la exhibición documental acordada. En lo que interesa, consta que el abogado de Asemas adujo que el arquitecto (que no compareció a dicho acto) había sido su asegurado, pero dejó de serlo con fecha 31 de diciembre de 2009, lo que acreditaba mediante el correspondiente certificado al que antes se hizo referencia.

6.-En el acto de conciliación, celebrado el 24 de octubre de 2011 con el resultado de "intentado sin efecto", el representante legal de Asemas manifestó su oposición porque el arquitecto no era ya su asegurado, reiterándose en el contenido del mencionado certificado.

7.-El 28 de mayo de 2013 la comunidad de propietarios interpuso demanda de juicio ordinario contra Asemas solicitando se declarase en vigor la póliza de responsabilidad civil suscrita por el arquitecto y Asemas, y se reconociera que dicha póliza cubría las posibles responsabilidades civiles en que hubiera podido incurrir el primero frente a la demandante por su actuación profesional en la construcción del edificio en el que esta se ubicaba para el caso de que, en un futuro proceso, se hiciera responsable al arquitecto de los defectos estructurales que aducía la comunidad.

En síntesis, alegaba: (i) que el arquitecto demandado había sido proyectista y director facultativo de las obras del edificio del que formaba parte la comunidad de propietarios demandante, las cuales habían finalizado en el año 2000 (certificado final de obra de fecha 16 de mayo y licencia de primera ocupación de fecha 25 de agosto); (ii) que después se habían detectado defectos estructurales; (iii) que por este motivo la comunidad intentó la conciliación con todos los que intervinieron en la obra (arquitecto superior, arquitecto técnico, aseguradoras de cada uno de ellos y constructora), acto que se celebró sin efecto, y solicitó también la práctica de diligencias preliminares preparatorias del futuro juicio contra los posibles responsables; y (iv) que en ambos procedimientos la aseguradora Asemas había negado cubrir la responsabilidad civil del arquitecto por su actuación profesional durante la construcción del referido edificio porque la póliza suscrita en su día entre ambas

partes había dejado de estar en vigor con fecha 31 de diciembre de 2009 y en la misma se entendía por siniestro la reclamación judicial presentada por un tercero al asegurado únicamente "durante el periodo de vigencia de la póliza".

8.-Asemas se opuso a la demanda alegando, en lo que interesa y, en síntesis: (i) que la demandante carecía de legitimación activa tanto para pedir que se declarase la validez de un contrato de seguro del que no era parte como para ejercitar la acción directa del art. 76 LCS, al haberse producido su reclamación con posterioridad a la vigencia del contrato; y (ii) que en todo caso, la delimitación temporal de cobertura contenida en la póliza (apdo. 1.2.1 de las condiciones generales), según la cual únicamente se cubrían las reclamaciones hechas durante su vigencia, era conforme con el art. 73 LCS, párrafo segundo, y con la jurisprudencia que lo había interpretado (se citaba por considerarla aplicable al caso la SAP Madrid de 24 de marzo de 2010 sobre una cláusula similar de naturaleza retroactiva).

9.-La sentencia de primera instancia, estimando íntegramente la demanda, declaró la vigencia del seguro y consideró cubiertas por el mismo las responsabilidades en que pudiera haber incurrido el arquitecto por su actuación profesional en la construcción del edificio en el que se ubicaba la comunidad de propietarios demandante para el caso de que, en un futuro proceso, se le declarase en todo o en parte responsable de los defectos estructurales del mismo edificio.

Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la demandante tenía legitimación activa porque su acción mero declarativa se fundaba en la nulidad de la definición de siniestro contenida en la póliza y porque la jurisprudencia venía reconociendo legitimación activa para instar la nulidad absoluta a los terceros que, aun sin ser parte en el contrato, tuvieran interés legítimo; (ii) la definición de siniestro contenida en la póliza era nula, con arreglo al art. 2 LCS, por vulnerar los límites o requisitos del párrafo segundo del art. 73 LCS respecto de las dos modalidades admisibles de cláusulas de delimitación temporal de cobertura, "dado que no daría validez, como ocurre en el presente caso, a la reclamación judicial efectuada dentro del año posterior desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato, en perjuicio además de los terceros perjudicados ajenos al contrato", pese a que este había tenido una duración de catorce años, siendo constante la jurisprudencia

que las admite únicamente en beneficio y no en perjuicio de los derechos del asegurado o perjudicado; (iii) además, de la documentación aportada por la demandada (testimonio notarial del ejemplar de las condiciones particulares de fecha 1 de noviembre de 1996 y duplicado de fecha 14 de octubre de 2010) no se podía concluir que dicha cláusula limitativa de los derechos del asegurado hubiera sido expresamente aceptada por este, tal y como exige el art. 3 LCS, "pues ni la cláusula limitativa aparece debidamente detallada e identificada (la referencia genérica que se hace a la misma es en un recuadro al final del ejemplar de las condiciones particulares, en el cual se declaran aceptar y conocer siete artículos o apartados de las condiciones generales que se refieren a más de cuatro páginas de las mismas) ni se acredita tampoco cumplimentado el requisito de firma específica de dicha cláusula limitativa que exige constante jurisprudencia, y ni siquiera se aportan las condiciones generales"; y (iv) por todo ello, la cláusula litigiosa era nula y no oponible al tercero perjudicado en caso de que por este se ejercitara una acción contra la aseguradora Asemas, "sin perjuicio de no prejuzgar en este proceso ni sobre la existencia o no de defectos constructivos, ni la posible responsabilidad final del arquitecto asegurado".

10.-Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación la aseguradora demandada. En síntesis, alegaba:

(i) que el único hecho que admitía era que el seguro no se renovó al concluir el año 2009 por falta de pago de las primas correspondientes a dicha anualidad, lo que legalmente determinó que la cobertura quedara en suspenso durante un mes y se extinguiera con fecha 1 de julio de 2009; (ii) que la demandante no tenía legitimación activa para pretender la nulidad de una cláusula inserta en un contrato del que no era parte, ni podía considerarse perjudicada; (iii) que la sentencia apelada había incurrido en "incongruencia ultra petita al conceder más de lo pedido" según quedó delimitada la pretensión por la parte demandante en su escrito de 21 de noviembre de 2013; y (iv) que en todo caso las posibles reclamaciones contra el arquitecto posteriores a la vigencia de la póliza extinguida no quedaban cubiertas, por ser plenamente válida la cláusula de delimitación temporal incluida en el contrato cumpliendo las exigencias del art. 3 LCS y que debía considerarse de cobertura retroactiva porque de sus términos se desprende que era más beneficiosa para el asegurado que la modalidad legalmente prevista en

el inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 LCS "al contemplar un plazo de retroactividad indefinido en lugar de la retroactividad de un año anterior a la vigencia de la póliza".

11.-La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso, confirmó la sentencia apelada y condenó en costas a la apelante.

En lo que interesa sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) la demandante sí tiene legitimación activa para promover una acción mero declarativa como la deducida en su demanda por ostentar un interés legítimo en que se determine la existencia de contrato de seguro y su cobertura antes de ejercitar la acción directa del art. 76 LCS como perjudicada por las posibles responsabilidades del arquitecto asegurado; (ii) la cláusula litigiosa es nula por contravenir una norma imperativa y debe tenerse por no puesta, porque, más allá de que sea discutible que su inclusión se haya hecho respetando los requisitos del art. 3 LCS, lo relevante es que el párrafo segundo del art. 73 LCS contempla dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, desprendiéndose del mismo "que la limitación temporal no puede en ningún caso alcanzar al año anterior, ni al posterior a la vigencia del contrato"; (iii) no se examinan las demás alegaciones del recurso de apelación porque no fueron puestas de manifiesto al contestar a la demanda, momento en el que se delimitó el objeto del litigio; y (iv) la sentencia apelada fue congruente con la pretensión mero declarativa deducida en la demanda (no alterada por el escrito de alegaciones de la demandante de fecha 21 de noviembre de 2013) y con las de la demandada en su contestación.

12.-Contra dicha sentencia la entidad demandada ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala en torno a esta cuestión jurídica.

SEGUNDO.-Dado que en casación se suscita una controversia estrictamente jurídica sobre la cláusula de delimitación temporal incluida en la póliza y que esta cuestión ha de resolverse conforme a la reciente jurisprudencia de esta sala (fijada por sentencia de pleno 252/2018, de 26 de abril), según la cual las dos modalidades previstas en el párrafo segundo del art. 73 LCS no son necesariamente acumulativas al estar cada una de ellas sujeta a sus propios requisitos de validez, procede alterar el orden legal en el que en principio deberían resolverse los recursos (d. final 16.ª

1. regla 6.ª LEC) y examinar en primer lugar el recurso de casación a fin de comprobar si la sentencia recurrida se ajusta o no a la doctrina indicada, porque una eventual estimación del recurso de casación determinaría la carencia de efecto útil del recurso por infracción procesal, al venir referido este a la falta de pronunciamiento sobre los efectos del impago de las primas, "toda vez que las denuncias sobre infracción de normas procesales, en cuanto instrumentales de la controversia sustantiva objeto del recurso de casación, habrían perdido relevancia" (sentencia 223/2014, de 28 de abril, citada, junto a otras, por la 71/2016, de 17 de febrero, y sentencias 634/2017, de 23 de noviembre, 641/2012, de 6 de noviembre, y 910/2011 de 21 de diciembre).

Recurso de casación.

TERCERO. -El único motivo del recurso se funda en infracción del art. 73-2.º LCS y en contradicción con la jurisprudencia de esta sala contenida en las sentencias de 4 de junio de 2008 y 19 de junio de 2012.

En síntesis, se alega que la razón decisoria de la sentencia recurrida no se encuentra en que la cláusula de delimitación temporal controvertida incumpla los requisitos que para su válida incorporación y eficacia exige el art. 3 LCS, sino en que para el tribunal sentenciador únicamente sería válida si respetara simultáneamente los requisitos que el párrafo segundo del art. 73 LCS contempla para cada una de sus dos modalidades, de tal manera que cubra tanto los hechos generadores de la responsabilidad acaecidos un año antes como las reclamaciones que se realicen durante el año posterior a la terminación del contrato, exigencia esta última que la recurrente considera contraria a lo dispuesto en el citado precepto y a la jurisprudencia de esta sala porque la validez de cada modalidad, y en particular la validez de las cláusulas de cobertura retroactiva como la controvertida (segundo inciso del párrafo segundo del art. 73 LCS), solo viene condicionada por la concurrencia de los requisitos de su propia modalidad, lo que entiende ha sido el caso al establecerse en dicha cláusula que la cobertura alcanzaba a las reclamaciones hechas durante su vigencia sin perjuicio de que el hecho motivador de la indemnización a cargo del asegurado hubiera podido tener lugar durante el periodo de vigencia o "en cualquier momento anterior al comienzo de los efectos del contrato".

La parte recurrida se ha opuesto al recurso alegando, en síntesis: (i) que el párrafo segundo del art. 73 LCS

contempla dos modalidades de cláusulas claim made cuya eficacia depende de que la reclamación se realice durante la vigencia del contrato o cualquiera de sus prórrogas o durante el año posterior o, en su defecto, si la limitación se refiere a las reclamaciones hechas solo durante la vigencia de la póliza, de que como mínimo se cubran los hechos acaecidos durante el año anterior a su entrada en vigor; (ii) que en este caso la cláusula litigiosa no respeta ni unos ni otros requisitos, puesto que solo contempla las reclamaciones que se hagan durante la vigencia de la póliza (excluyendo las que se realicen después) sin extender tampoco la cobertura a los hechos ocurridos durante el año anterior, además de referirse solo a reclamaciones judiciales cuando en realidad la norma lo hace a reclamación en sentido amplio, sin añadir que deba ser "judicial"; (iii) que la recurrente parte de una interpretación voluntarista del contrato al atribuir eficacia retroactiva ilimitada a la cláusula litigiosa, interpretación que además es una cuestión nueva -no mencionada al contestar sino solo al recurrir en apelación, pág. 13- que supone alterar el objeto de debate; y (iv) que ninguna de las sentencias citadas justifican el interés casacional del recurso por no ser aplicables al caso.

CUARTO. -La citada sentencia de pleno 252/2018, de 26 de abril, se pronuncia por vez primera sobre la cuestión que plantea el presente recurso, consistente en si cualquier cláusula de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil debe o no cumplir simultáneamente los requisitos de las de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro, inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS) y de las retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro, inciso segundo del mismo párrafo).

Según explica dicha sentencia, hasta entonces la jurisprudencia de esta sala, al interpretar el actual párrafo segundo del art. 73 LCS, añadido por la disposición adicional 6.ª de la Ley 30/1965, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se había limitado a pronunciarse sobre la necesidad de que las cláusulas de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil, como cláusulas limitativas que son según la propia norma, cumplieran el requisito condicionante de su validez de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, como exige el art. 3 LCS (sentencias 700/2003, de 14 de julio, 87/2011, de 14 de febrero, 283/2014, de 20 de mayo, y 134/2018, de 8 de marzo), y a declarar que

la interpretación de estas cláusulas no debía perjudicar al asegurado ni al perjudicado (sentencias 87/2011, de 14 de febrero, y 366/2012, de 19 de junio), si bien esto último debía ponerse en relación o bien con sentencias sobre el art. 73 LCS antes de su modificación en 1995, o bien con la aplicación de su redacción posterior a casos de sucesión o concurrencia de seguros de responsabilidad civil para evitar periodos de carencia de seguro o de disminución de cobertura en detrimento del asegurado o del perjudicado, pues claro está que las cláusulas de delimitación temporal, como limitativas que son, en principio siempre perjudican al asegurado.

Al abordar por vez primera la cuestión ahora controvertida, la sentencia de pleno, aclarada por auto de 17 de diciembre de 2018, fija en interés casacional la siguiente doctrina jurisprudencial:

"El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso primero) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado (inciso segundo) es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro"

Para llegar a esta conclusión razona, en síntesis, que "cualquiera que sea la opinión que merezca la introducción de su párrafo segundo al alterar la regla general de su párrafo primero para poner el acento no en el nacimiento de la obligación del asegurado de indemnizar a un tercero, sino en la reclamación de este tercero contra el asegurado, lo cierto es que se declaran legalmente admisibles dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, cada una de ellas con sus propios requisitos de validez. Así se desprende de su regulación diferenciada en dos incisos separados por un punto y seguido y del comienzo de la redacción del inciso segundo con el adverbio "asimismo", equivalente a "también", seguido de las palabras "y con el mismo carácter de cláusulas limitativas", reveladoras de que cada una de las modalidades contempladas en el párrafo segundo del art. 73 LCS es diferente de la otra y tiene sus propios requisitos de validez, por más que ambas sean limitativas".

En aplicación de esa doctrina la sala estimó entonces el recurso de casación porque, siendo la cláusula litigiosa "de las retrospectivas o de pasado", la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara "durante la vigencia de la

póliza" se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación, lo que legalmente era suficiente para que ese tipo de cláusula fuera válida y eficaz, dado que su validez no dependía, pese a que así lo hubiera entendido la sentencia recurrida, del cumplimiento además del requisito exigido en el inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS para las de cobertura posterior o de futuro.

QUINTO. -La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente caso determina que el motivo, y por tanto el recurso, deba ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) Conforme a la definición de siniestro contenida en el artículo preliminar, y según también los apartados 2.1 y 2.2 del artículo 1 de las condiciones generales de la póliza, el seguro de responsabilidad civil contratado por el arquitecto con Asemas en noviembre de 1995, que con sus prórrogas se mantuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 2009, cubría las reclamaciones judiciales efectuadas al asegurado durante la vigencia de la póliza "sin perjuicio de la fecha en que hubiera tenido lugar el hecho que motive su presunta responsabilidad, y ello aunque el contrato sea prorrogado".

2.ª) Aunque la sentencia recurrida considere "discutible" (párrafo segundo del fundamento de derecho tercero) que dicha cláusula limitativa respete los requisitos del art. 3 LCS, lo hace como una mera hipótesis que no integra su razón decisoria, única que puede ser objeto de impugnación en casación (en este sentido, sentencia 874/2010, de 29 de diciembre, y las que en ella se citan, y sentencia 134/2018, de 8 de marzo). Por tanto, ha de entenderse que la sentencia recurrida considera que la cláusula limitativa sí se ajustó a los requisitos del art. 3 LCS en cuanto a aparecer destacada de modo especial y ser específicamente aceptada por escrito, extremos que por demás quedan también comprobados por esta sala.

3.ª) Como en recurso resuelto por la sentencia de pleno 252/2018, también aquí la cláusula controvertida cumplía con lo exigido para la modalidad del inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 LCS, pues la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara "durante el periodo de vigencia de la póliza" se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación ("sin perjuicio de la fecha en que hubiera tenido lugar el hecho que motive

su presunta responsabilidad"); es decir, cualquiera que fuese el tiempo de nacimiento de la obligación, por más que la redacción de esta retroactividad temporalmente ilimitada fuese manifiestamente mejorable si se hubiera sustituido la fórmula "sin perjuicio" por una expresión más precisa.

4.ª) En consecuencia la sentencia recurrida, al considerar nula la cláusula en cuestión por no cumplir un requisito (que la limitación temporal no excluyera las reclamaciones hechas en el año posterior a la vigencia de la póliza) que en realidad no era exigible para esa concreta modalidad por serlo únicamente para las de futuro, se opone a la doctrina jurisprudencial fijada al respecto por esta sala.

5.ª) No es óbice a la estimación del motivo el argumento de la parte recurrida que considera una cuestión nueva, introducida por vez primera en su recurso de apelación, la de la cobertura retroactiva ilimitada del seguro, que según dicha parte no fue alegada por la aseguradora al contestar a la demanda: primero, porque la decisión sobre la validez de una cláusula de delimitación temporal necesariamente exige una interpretación conjunta y sistemática de todo el contenido del contrato de seguro relativo a esa cuestión, conforme al art. 1285 CC, que tiene al juez por principal destinatario; y segundo, porque la falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación no fue realmente una cuestión nueva planteada por vez primera en apelación, pues en su contestación a la demanda la ahora recurrente ya aludió expresamente a una sentencia (SAP Madrid, de 24 de marzo de 2010) sobre un caso similar al presente por versar sobre una cláusula de naturaleza retroactiva cuya validez, según dicha sentencia y lo alegado con mayor o menor precisión por la aseguradora, dependía (a diferencia de las de futuro) de que el plazo de extensión retroactiva de la cobertura respecto de hechos generadores ocurridos antes de la vigencia de la póliza tuviera la duración mínima de un año.

6.ª) Por último, tampoco es óbice a la estimación del motivo el argumento de la parte recurrida sobre la restricción consistente en exigir que la reclamación fuese "judicial" cuando resulta que el art. 73 LCS se refiere únicamente a "reclamación" sin más, ya que dicha parte, que demandó como perjudicada tras reclamar judicialmente después de que expirase la vigencia de la póliza, no presentó ninguna reclamación no judicial durante su vigencia y, por tanto, carece de un interés legítimo para suscitar esta cuestión.

SEXTO. -Según el artículo 487.3 LEC, "cuando el recurso de casación sea de los previstos en el número 3º del apartado 2 del artículo 477 LEC, si la sentencia considera fundado el recurso, además de casar en todo o en parte, la sentencia recurrida, declarará lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia".

En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida para, en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la aseguradora demandada, desestimar totalmente la demanda y reiterar como doctrina jurisprudencial la de la sentencia 252/2018, de 26 de abril, aclarada por auto de 17 de diciembre de 2018, sin necesidad de resolver el recurso extraordinario por infracción procesal por las razones ya expuestas en el fundamento de derecho segundo».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1594/2016] DE 21 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Concurso de acreedores: efectos sobre los créditos en particular. Prohibición de compensación y operaciones de liquidación del contrato de obra en caso de concurso de acreedores de la contratista: la compensación de créditos y deudas recíprocos como mecanismo de liquidación del contrato ya resuelto. Es doctrina jurisprudencial la que entiende que queda excluido el régimen de prohibición de compensación previsto por la Ley Concursal (art. 58) cuando la compensación se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes.- Razonabilidad de que la cantidad objeto de condena no devengue intereses desde la demanda, sino desde la fecha de la sentencia de apelación que determinó la cuantía del crédito.

«Entre Bruesa Construcción, S.A. (en adelante, Bruesa) y La Reserva de Marbella, S.L. (en adelante, La Reserva) mediaban dos relaciones contractuales de ejecución de obra con suministro de materiales, en las que Bruesa era la contratista y La Reserva la comitente de la obra. De una parte, el contrato de 12 de junio de 2006, para la construcción del Hotel Galeón (ahora, Hydros); y, de otra, el contrato de 14 de junio de 2006, para la construcción del Hotel Polynesia.

2. En noviembre de 2009, Bruesa presentó una demanda contra La Reserva en la que reclamaba, en lo que ahora interesa, un crédito de 13.498.330,25 euros proveniente de la ejecución de obras del Hotel Polynesia; y otro crédito de 2.979.319,53 euros proveniente de la ejecución de obras del Hotel Hydros.

3. La Reserva no sólo se opuso a la demanda, sino que además planteó una reconvencción.

En relación con las cantidades provenientes del contrato de obra del Hotel Polynesia, La Reserva, después de aplicar las deducciones, penalizaciones por retraso e indemnizaciones por vicios y defectos en la construcción, entendía que no sólo no debía nada, sino que tenía un crédito frente a Bruesa de 4.011.568,42 euros. Y por lo que se refiere del crédito proveniente de las obras del Hotel Hydros, La Reserva entendía que había que aplicar penalizaciones por retraso y reducciones por indemnización de vicios y defectos, que reducían dicho crédito a 1.381.039,54 euros.

Consiguientemente, en su reconvencción, La Reserva pedía la compensación de un crédito con otro, y que la demandada reconvenida, Bruesa, fuera condenada a pagarle 2.630.528,88 euros.

4. Mientras estaba el pleito pendiente de su resolución en primera instancia, Bruesa fue declarada en concurso de acreedores por auto de 8 de febrero de 2011.

5. La sentencia de primera instancia, dictada el 3 de septiembre de 2012, resolvió lo siguiente: en relación con el contrato de obra de Hotel Polynesia, después de estimar en parte la demanda y la reconvencción, cifró el crédito de Bruesa frente a La Reserva en 6.888.764,30 euros; y por lo que se refiere al contrato de obra del Hotel Hydros, el juzgado estimó la reclamación de Bruesa (2.646.363,9 euros) y rechazó las pretensiones de La Reserva de reducir el crédito. En consecuencia con los anterior, el Juzgado condenó a La Reserva a pagar a Bruesa la suma de 9.535.128,2 euros.

6. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por La Reserva y Bruesa aprovechó el recurso para impugnar la sentencia. Fue en esta impugnación en la que Bruesa adujo que, al estar en concurso de acreedores, no podían compensarse los créditos de una y otra parte, en aplicación del art. 58 Ley Concursal (en adelante, LC).

La Audiencia estima en parte el recurso de apelación de La Reserva y desestima la impugnación de Bruesa. En concreto, cifra el crédito de Bruesa frente a La Reserva en 6.029.013,47 euros, menos la reducción que corresponda al coste de la reparación de las deficiencias en la construcción del Hotel Polynesia consistentes en humedades bajo la cubierta invertida e inundación de la entrada, cuya cuantificación se dejaba para ejecución de sentencia. También reconoce un crédito de La Reserva frente a Bruesa de 3.504.024 euros (1.364.024 euros, por defectos, omisiones y excesos; y 2.140.000 euros, de penalidad por retraso en la terminación). Pero rechaza la compensación entre el crédito reconocido a Bruesa y el reconocido a La Reserva.

7. Frente a la sentencia de apelación, La Reserva formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de cuatro motivos, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

SEGUNDO. Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación del motivo primero. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 218.1 LEC), al haber incurrido en incongruencia extra petita.

En el desarrollo del motivo se argumenta que esta infracción se habría producido porque, según el recurrente, había solicitado tanto en la demanda reconvenccional como en el recurso de apelación, que "el importe total de las partidas no ejecutadas, facturaciones duplicadas o erróneas en relación al Hotel Polynesia se descontara del precio del contrato de arrendamiento de obra a abonar por mi representada". No solicitó que se le reconociera un derecho de crédito por los importes correspondientes a esas partidas no ejecutadas, facturaciones duplicadas o erróneas en relación con el Hotel Polynesia. Sin embargo, la sentencia recurrida desatiende esta petición de descuento y reconoce un derecho de crédito que no había sido solicitado.

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

2. Estimación del motivo primero. Como hemos reiterado en otras ocasiones, "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa

de pedir], y el fallo de la sentencia" (por todas, sentencia 173/2013, de 6 de marzo). En particular, en relación con la modalidad de incongruencia extra petitum, haber resuelto algo que no formaba parte del objeto del proceso, el Tribunal Constitucional puntualiza que "el juzgador está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente formuladas por los litigantes" (STC 182/2000, de 10 de julio). De tal forma que "no se incurre en incongruencia cuando se da acogida a lo que sustancialmente está comprendido en el objeto del pleito o implícitamente en las pretensiones deducidas en la demanda" (sentencia 1015/2006, de 13 de octubre).

La sentencia de apelación aprecia que, frente al crédito reclamado por la contratista correspondiente a las obras del Hotel Polynesia, existían partidas no ejecutadas y facturas duplicadas o erróneas, que cifra en un importe total de 1.364.024 euros. Con ello estima una de las pretensiones ejercitadas por la demandada en su contestación, que objetó, entre otras excepciones, que del crédito reclamado por la contratista por la ejecución de esas obras debía reducirse el importe correspondiente a esas partidas no ejecutadas y a las facturas duplicadas o erróneas. Pero, como denuncia la demandada ahora recurrente (La Reserva), apreciar esta objeción no podía conllevar el reconocimiento de un crédito por ese importe, que no había sido reclamado, sino la reducción del crédito de la contratista por la ejecución de esas obras, en cuanto que la excepción fue que el crédito que le correspondía a la contratista era inferior al reclamado por la existencia de partidas no ejecutadas y facturas duplicadas o erróneas. La estimación de esta objeción no podía dar lugar a otra cosa que a la reducción del crédito de la contratista demandante. Si en vez de ello se le reconoce a la demandada un crédito por el importe de lo que debía ser aminorado del crédito de la contratista demandante, al margen de que pudiera considerarse improcedente, es cuando menos una extralimitación del objeto litigioso, pues la demandada no lo había pedido. Razón por la cual cabe apreciar una incongruencia extra petitum.

3. La estimación del motivo conlleva la deducción de esta cantidad de 1.364.024 euros del crédito reconocido a la contratista por las obras del Hotel Polynesia.

La Audiencia reconoce a la contratista un derecho de crédito por las obras realizadas en el Hotel Polynesia de 4.136.560,74 euros y otro derecho de crédito por las obras del Hotel Hydros de 1.892.452,73 euros.

Del crédito por las obras del Hotel Polynesia (4.136.560,74 euros) hay que descontar 1.364.024 euros. De tal forma que el crédito que la contratista tendría por las obras del Hotel Polynesia por ahora sería de 2.772.536,74 euros.

TERCERO. Motivos segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación de los motivos segundo y tercero. El motivo segundo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, también por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y, en concreto, del principio de congruencia, contenido en el art. 218.1 LEC (incongruencia por exceso).

La sentencia se pronuncia sobre una cuestión, la aplicación al presente caso de la prohibición de compensación de créditos prevista en el art. 58 LC, que estaba fuera del debate procesal. Es una cuestión nueva que no se había planteado en primera instancia.

El motivo tercero se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por vulneración de los principios de contradicción, audiencia bilateral e igualdad de armas entre las partes (art. 24.1 CE).

En el desarrollo del motivo expresamente se reconoce que este motivo está "en estrecha vinculación con el motivo anterior". Y se argumenta a continuación:

"La decisión de la Audiencia Provincial de resolver el recurso de apelación con arreglo a una pretensión no deducida en la primera instancia y, por tanto, admitiendo la introducción de una "cuestión nueva" en la apelación, supone la vulneración de los principios de contradicción, audiencia bilateral, igualdad de armas procesales y defensa, protegidos por el art. 24.1 de la Constitución Española".

Procede desestimar estos dos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación de los motivos segundo y tercero. En la contestación a la demanda y reconvenición, frente a la reclamación de un crédito de la contratista por las obras del Hotel Polynesia, la demandada, junto a otras excepciones, objetó que del crédito reclamado debía detraerse la parte correspondiente a las partidas no

ejecutadas y las facturas duplicadas o erróneas, y que por el retraso en la terminación de la obra debía aplicarse la penalización convenida.

La sentencia de apelación confirmó la existencia de partidas no ejecutadas y facturas duplicadas o erróneas, y su cuantificación en 1.364.024 euros. Y también apreció el retraso en la terminación de la obra y la procedencia de aplicar una penalización de 2.140.000 euros. Pero no detrajo ambas cantidades del crédito que por las obras del Hotel Polynesia reconocía a la contratista, porque supondría una compensación prohibida por el art. 58 LC pues la contratista había sido declarada en concurso de acreedores. La prohibición de compensación había sido planteada por la contratista en su impugnación a la apelación.

Ya hemos argumentado, al apreciar el motivo anterior, que la suma de 1.364.024 euros no debía ser reconocida como un crédito de la propietaria de las obras frente a la contratista, sino, conforme a lo solicitado, debía detraerse del crédito de la demandante.

Por lo que nos centraremos en si la aplicación de la prohibición de compensación respecto de la penalización por retraso (2.140.000 euros), constituye una extralimitación del objeto litigioso.

3. Apreciar la penalización por retraso, cuantificada en 2.140.000 euros, supone reconocer que por tal concepto la propietaria de la obra tiene un derecho de crédito por ese importe frente a la contratista. La pretensión de la propietaria de la obra, al contestar a la demanda y formular la reconvención, era que este crédito se compensara con el que pudiera ser reconocido al contratista demandante por la ejecución de la obra.

Estimar el crédito de penalización por retraso, a favor de la propietaria de la obra, y desestimar la compensación por concurrir una prohibición de compensación del art. 58 LC no constituye, como veremos, una incongruencia, aunque en la contestación a la reconvención no hubiera sido formulada expresamente la prohibición del art. 58 LC y sí en la impugnación al recurso de apelación. No hay incongruencia porque la situación de concurso de la contratista fue posterior al inicio del procedimiento y la procedencia de la prohibición de compensación no tutela tanto los intereses de la contratista concursada, como los del resto de sus acreedores, representados por el respeto a la par condicio creditorum.

Al margen de si se apreció bien o mal esta prohibición legal, su aplicación tiene un cierto carácter imperativo, esto es, no puede quedar a disposición de la concursada. Por esa razón, al tratarse de un presupuesto legal para que pueda operar la compensación pretendida en la contestación a la demanda, caso de estar en concurso uno de los titulares de los créditos que se pretenden compensar, la sentencia no incurre en la incongruencia denunciada en el motivo segundo.

Tampoco supone una "vulneración de los principios de contradicción, audiencia bilateral, igualdad de armas procesales y defensa, protegidos por el art. 24.1 de la Constitución Española", denunciada en el motivo tercero, porque se trata de una cuestión jurídica sobre la que la propietaria de la obra apelante pudo alegar en el trámite de oposición a la impugnación.

CUARTO. Motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación del motivo cuarto. El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 24.1 CE, al haberse valorado de forma arbitraria o con error notorio el dictamen pericial de la Sra. Miriam.

Esta denuncia afecta al pronunciamiento de la reducción del precio por deficiencias existentes en la carpintería interior del Hotel Polynesia. La demandada (La Reserva), sobre la base de un informe pericial del Sr. Sabino, sostenía que las deficiencias en la colocación de la carpintería debían valorarse en 15.000 euros. Frente a esa tesis, la otra perito, la Sra. Miriam, afirmaba que el defecto sólo afectaba a ocho puertas y su reparación debía valorarse en 348,91 euros. La sentencia acoge esta segunda tesis, al afirmar que acepta las apreciaciones de la Sra. Miriam, pero luego concluye que procede excluir esta deficiencia.

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

2. Estimación del motivo cuarto. Con frecuencia hemos insistido en que la valoración de la prueba corresponde a los tribunales de instancia sin que el recurso extraordinario por infracción procesal sea el cauce ordinario para la revisión de esta valoración probatoria como si se tratara de una tercera instancia. Pero también hemos advertido que, de manera excepcional, cabría justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC,

en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva" (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero). Lo único que puede justificar la apreciación de este motivo, en relación con la valoración de la prueba que ha determinado la base fáctica sobre la que el tribunal de instancia ha realizado las necesarias valoraciones jurídicas que requiere la resolución del caso, es que haya incurrido en un error notorio o en arbitrariedad, o también que haya vulnerado una regla tasada de valoración de la prueba.

En nuestro caso el error es patente. En la controversia sobre los defectos en la carpintería del Hotel Polynesia, la Audiencia rechaza la valoración del perito Sr. Sabino, sobre la que se fundaba una reclamación de 15.000 euros a deducir del precio pendiente de pago, y expresamente afirma que acoge la valoración de la perito Sra. Miriam, quien reconoce que ha habido defectos en la colocación de la carpintería, pero que sólo afectan a ocho puertas, cuyo coste de reparación tasa en 348,91 euros más IVA (404,74 euros). Después de lo anterior, constituye un error evidente concluir, a continuación, que no ha quedado acreditada la existencia de tales defectos ni su cuantificación.

3. La estimación del error conlleva deducir esta cantidad de 404,74 euros del crédito reconocido a la contratista demandante por las obras del Hotel Polynesia. Si este crédito, tras la deducción practicada como consecuencia de la estimación del motivo primero, era de 2.772.536,74 euros, con la rebaja de 404,74 euros, queda reducido a 2.772.132 euros.

QUINTO. Motivos primero y segundo del recurso de casación.

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción, por indebida aplicación, del art. 58 LC, así como de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril, 30 de mayo y 24 de julio de 2014, al existir una neutralización recíproca de partidas para liquidar cada contrato, y no una extinción de obligaciones por compensación.

Esta infracción se habría cometido al aplicar la prohibición de compensación del crédito que respecto de las obras del Hotel Polynesia se reconoce a la contratista (4.136.560,74 euros) con los créditos que respecto de la misma obra se reconoce a la propietaria

de la obra (2.140.000 euros de penalización por retraso y 1.346.024 euros de partidas no ejecutadas, facturas duplicadas o erróneas).

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

2. Estimación del motivo primero. En primer lugar, y como consecuencia de la estimación del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, hemos de centrar este motivo en la procedencia de la compensación del crédito de penalización por retraso que se reconoce a la propietaria de la obra (2.140.000 euros).

La Audiencia niega la procedencia de esta compensación por la prohibición del art. 58 LC. Pero, como se afirma en el recurso, esta prohibición de compensación no opera en supuestos, como el presente, de liquidación de una relación contractual. Así, esta sala expresamente ha excluido del régimen de prohibición de compensación del art. 58 LC los casos en que la compensación se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes (sentencia 428/2014, de 24 de julio). En realidad, más que una compensación es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto (sentencia 188/2014, de 15 de abril).

Eso sí, como también explica el recurrente, la liquidación operaría en el seno de cada uno de los dos contratos de obra. En concreto, en el contrato de obra del Hotel Polynesia, en el que, frente al crédito de la contratista, que tras la estimación de los motivos primero y cuarto del recurso infracción procesal había quedado reducido a 2.772.132 euros, la propietaria de la obra puede deducir el importe correspondiente a las penalizaciones por retraso en la terminación de la obra, que se había cifrado en 2.140.000 euros. De tal forma que el crédito que resulta a favor de la contratista es de 632.132 euros.

Lógicamente, a esta suma habría que añadir el crédito que la contratista tiene por las obras del Hotel Hydros de 1.892.452,73 euros, lo que arroja un saldo final de 2.524.584,73 euros.

3. La estimación del motivo primero de casación hace innecesario entrar a analizar el motivo segundo, que

se planteó de forma subsidiaria, para el caso que el primero fuera desestimado.

SEXTO. Motivo tercero de casación.

1. Formulación del motivo tercero. El motivo denuncia la infracción del párrafo primero del art. 1100 CC y el art. 1108 CC, así como la jurisprudencia que los interpreta, y la regla "in illiquidis non fit mora" y su sometimiento al canon de razonabilidad. Y cita las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009 y 12 de marzo de 2008.

En el desarrollo del motivo argumenta que en un supuesto como este en que del crédito reclamado por la demandante se habría reconocido sólo un 15%, tras un proceso complejo, no debería condenarse al pago de los intereses legales desde la demanda, sino desde la fecha de la sentencia de segunda instancia.

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

2. Estimación del motivo. Este motivo tercero plantea si es correcto que el crédito de la contratista objeto de condena devengue intereses desde la presentación de la demanda o, en aplicación de la regla in illiquidis non fit mora, desde la fecha de la sentencia.

La jurisprudencia sobre la materia se halla contenida en la sentencia 61/2018, de 5 de febrero, que la sintetiza así:

"Esta sala, a partir del Acuerdo de 20 de diciembre de 2005 consolida una nueva orientación, que se plasma en sentencias, entre otras, de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio, 2 de julio de 2007, 12 de mayo 2015, que, prescindiendo del alcance dado a la regla in illiquidis non fit mora, atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses y concreción del dies a quo del devengo. Este moderno criterio, que da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva de la tutela judicial, toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado".

En su demanda, la contratista reclamaba la condena de la propietaria de la obra al pago de un crédito de

13.498.330,25 euros por la ejecución de las obras del Hotel Polynesia y otro de 2.979.319,53 por la ejecución de obras del hotel Hydros.

La sentencia de apelación, ahora recurrida en casación, reconoció un crédito de 4.136.560,74 euros, por las obras del Hotel Polynesia, y otro de 1.892.452,73 euros, por las del Hotel Hydros.

Ahora, como consecuencia de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y el primer motivo de casación, el crédito por las obras del Hotel Polynesia ha quedado reducido a 632.132 euros, y se mantiene el crédito de 1.892.452,73 euros por las obras del Hotel Hydros.

La naturaleza de los dos créditos reclamados, esencialmente el precio adeudado por las obras realizadas por el contratista, junto con las objeciones formuladas por la demandada en su contestación y reconvención, que guardan relación con la improcedencia de algunas partidas y facturas reclamadas, además de la procedencia de descontar y compensar penalizaciones e indemnizaciones por una defectuosa ejecución de los trabajos, y, sobre todo, que la sentencia estima sustancialmente las pretensiones de la demandada y reduce el importe del crédito del contratista a un 15%, aproximadamente, respecto de lo solicitado en la demanda, ponen en evidencia la razonabilidad de que la cantidad objeto de condena no devengue intereses desde la demanda, sino desde la fecha de la sentencia de apelación conforme a lo previsto en el art. 576.2 LEC. Es en esta sentencia en la que sustancialmente se determinó el crédito de la demandante, sin perjuicio de que, como consecuencia de la aplicación de la prohibición de compensación del art. 58 LC, no se procediera a la compensación judicial de los créditos que reconocía a una y otra parte».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2045/2016] DE 21 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas]

Doctrina jurisprudencial sobre la legitimación activa del presidente de la Comunidad de Propietarios para ejercitar la acción de responsabilidad contractual: cuando el presidente tiene un mandato conferido con la necesaria extensión para reclamar judicialmente en base a los daños existentes en los elementos privativos no procede limitar las competencias del presidente, ya que los comuneros le han conferido su representación

y es de indudable interés para la comunidad que se litigue bajo una misma representación.

«Por la Comunidad de Propietarios de CALLE000, núm. NUM000 - NUM001, de Cáceres, se formuló demanda de juicio ordinario contra la mercantil Inmobiliaria Pimar, S.L., solicitando se condenara, a la demandada, a realizar a su costa las obras necesarias para la eliminación de los defectos existentes conforme informe pericial, en plazo de dos meses, y en caso no ejecutarse, se condenara al pago de la cantidad equivalente al coste de las operaciones que según informe, alcanza a los 36.353,50 euros.

Se opuso la demandada, alegando entre otras cuestiones la falta de legitimación del presidente de la Comunidad, por ejercerse acción contractual.

La sentencia de primera instancia, desestimó la falta de legitimación, estimó en parte la demanda y condenó a la demandada.

Recurrió en apelación la parte demandada y la sentencia de segunda instancia de fecha 16 de marzo de 2016 estimó el recurso, y absolvió a la demandada, porque en este caso se accionó exclusivamente en base al art. 1101 CC; citó la STS 18 de octubre de 2013, la de 2 de marzo de 2012, y la de 16 de marzo de 2011 para decir que son los propietarios del edificio los legitimados para la acciones contractuales, en este caso no se ejercitó la acción decenal del art. 1591 CC ni las acciones de la LOE, y en las juntas de propietarios siempre se ha autorizado al presidente para reclamar vicios constructivos. En ningún momento los propietarios facultaron al presidente para ejercitar acciones de sus respectivos contratos de compraventa. No consta expresamente tal habilitación o autorización, y ni tan siquiera consta la opinión de todos los propietarios por cuanto algunos no asistieron a la reunión pretendidamente habilitante.

La parte actora recurre en casación, en un motivo:

Por desconocimiento de la doctrina jurisprudencial sobre legitimación activa del presidente de una comunidad de propietarios para ejercer la acción de responsabilidad contractual ex art. 1101 CC frente a la sociedad vendedora -promotora. Cita las SSTs 23 de abril de 2013 y 7 de enero de 2015.

SEGUNDO. - Motivo único.

Motivo único. Interés casacional. Desconocimiento de la doctrina jurisprudencial sobre legitimación activa

del presidente de la Comunidad de Propietarios para ejercitar acción de responsabilidad contractual, ex art. 1101 y concordantes del Código Civil frente a la sociedad vendedora-promotora.

Se estima el motivo.

TERCERO. - Actas de la junta de propietarios.

En acta de junta general ordinaria de propietarios de 30 de junio de 2010 se acordó por la comunidad demandante: "En el presente subpunto del orden del día se hizo una retrospectiva en cuanto a una serie de defectos existentes en el edificio y zonas comunes manifestados y determinados a través del informe pericial redactado por la arquitecto técnico Doña Fátima y que motivaron en virtud del acuerdo adoptado en pasada junta un requerimiento notarial a la constructora PINILLA PIMAR S.L. a fin de que en un plazo amistoso procediera a su reparación con la advertencia de acudir a la vía judicial en caso de no llevar a cabo dichas actuaciones; Dado que con posterioridad a dicha reclamación notarial no se ha manifestado intención por parte de la constructora de solucionar amistosamente dichos defectos, se procedió en consecuencia y por la unanimidad de los asistentes a la interposición de toda clase de acciones judiciales tendentes a reparar los presuntos daños causados a la Comunidad de Propietarios CALLE000 NUM000 y NUM001 tanto en elementos privativos como comunes, facultándose al Sr. Secretario Administrador para el libramiento de las oportunas certificaciones y practica de requerimientos y al Sr. Presidente y/o Vicepresidente elegido en esta sesión para el ejercicio de las oportunas acciones legales y nombramiento de abogado y procurador".

En acta de junta general ordinaria de 22 de mayo de 2012 se acordó: "En el presente subpunto del orden del día se hizo una retrospectiva en cuanto a la serie de defectos existentes en el edificio y zonas privativas manifestados y determinados a través de un informe pericial redactado por la arquitecto técnico D^a Fátima y que motivaron un requerimiento notarial a la constructora PINILLA PIMAR S.L., a fin de que en un plazo amistoso procediera a su reparación con la advertencia de acudir a la vía judicial en caso de no llevar a cabo dichas actuaciones. Dado que con posterioridad a dicha reclamación notarial no se ha manifestado intención por parte de la constructora de solucionar amistosamente dichos defectos, se procedió en consecuencia y por unanimidad de los asistentes, en base a la recomendación técnica del letrado de la comunidad D. Javier Cervantes Jiménez, a

la redacción actualizada de deficiencias comunes y privativas a través de un informe por arquitecto superior, previa a la interposición de acciones judiciales contra Pinilla ya aprobadas en la anterior junta de propietarios, interposición a fin de reparar los daños y deficiencias tanto en elementos comunes como privativos."

Del contenido de las referidas actas se deduce con claridad y sin lugar a dudas que el presidente estaba facultado por los comuneros para reclamar judicialmente en base a los daños existentes en los elementos privativos.

CUARTO. - Decisión de la sala. Legitimación del presidente de la comunidad.

Esta sala en sentencia 383/2017, de 16 de junio, considera que sí existe legitimación en estos casos: "[...]Esta sala debe declarar que en las actas antes transcritas se facultó al presidente para reclamar los vicios en los elementos privativos, al menos en dos ocasiones, ejerciendo las acciones que procediesen "según ley". Tan amplio mandato permitía al presidente ejercitar las acciones relativas al incumplimiento contractual, pues no es exigible a una comunidad que refleje en el acta el tipo de acción procesal ejercitable, bastando con que se le confiera autorización para reclamar en nombre de los comuneros, con lo cual el presidente no se extralimita sino que cumple con lo encomendado por los comuneros, de forma expresa y diáfana (art. 13 LPH).

"Limitar las competencias del presidente, cuando los comuneros le han conferido su representación, introduce una innecesaria distorsión que perjudica los intereses de la comunidad y de cada uno de sus comuneros, siendo de indudable interés para la comunidad que se litigue bajo una misma representación, cuando el presidente tiene un mandato conferido con la necesaria extensión.

"El presidente se ha limitado a ejercitar las acciones procesales procedentes, según el criterio de su dirección jurídica, sin que conste extralimitación alguna en su función ni uso arbitrario de las facultades concedidas [...]".

En igual sentido la sentencia 278/2013, de 23 de abril.

A la vista de la referida doctrina jurisprudencial debemos declarar que en la sentencia recurrida se restringe indebidamente la legitimación del presidente de la comunidad, en cuanto que debemos declarar

que ostentaba un amplio mandato de los comuneros para reclamar por los daños en los elementos privativos.

Alega la recurrida que los acuerdos de las juntas mencionaban a la constructora y no a la promotora, pero del tenor de los mismos debemos declarar que el acuerdo facultaba para cualquier tipo de acción, debiendo concretarse que las acciones por responsabilidad contractual solo cabían contra la promotora, que es la demandada.

A ello cabe añadir, que en la sentencia recurrida en ningún momento se ha cuestionado la legitimación pasiva de la demandada, poniendo en tela de juicio, solo la legitimación activa de la Comunidad.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso por infracción de la doctrina jurisprudencial, asumiendo la instancia y confirmando íntegramente la sentencia de 19 de octubre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cáceres (procedimiento ordinario 687/2012)».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3006/2016] DE 22 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Contrato de servicios de inversión: incumplimiento, indemnización de daños y devengo de intereses legales. Según la doctrina jurisprudencial aplicable, el devengo de los intereses legales se computará desde la fecha de la reclamación judicial y no desde la fecha de la contratación del producto financiero complejo.

«En síntesis, Roig Cerámica S.A., desde el año 1999 mantuvo con la entidad Bancaja (en la actualidad, Bankia S.A.) una cuenta de valores en la que fue adquiriendo participaciones preferentes y obligaciones subordinadas.

En el año 2012, Roig Cerámica S.A., entre otras, tenía en su cuenta de valores las siguientes inversiones: 460 obligaciones subordinadas Bancaja (emisión 2008), por importe de 460.000 €; 1120 participaciones preferentes (BEF, serie A), por importe de 672.000 €; y 5 participaciones preferentes (BEF, serie B), por importe de 3000 €. Inversiones que en su totalidad ascendieron a 1.135.000 €.

Los referidos valores contratados formaron parte de una garantía en favor de Bancaja. Tras el canje obligatorio de dichos productos ordenado por el

FROB, la inversión inicial quedó reducida a 532.307,16 €. Bankia ejecutó la garantía sobre el producto de la venta de las acciones canjeadas, 602.694,99 €, que destinó al pago de la deuda que tenía el cliente, más comisiones y gastos.

2. El 17 de noviembre de 2014, Roig Cerámica S.A. presentó una demanda contra Bankia S.A. en la que, aparte de solicitar que la garantía prendaria quedase sujeta al convenio de acreedores aprobado, solicitaba que se declarase que la entidad financiera había incumplido los deberes contractuales de información sobre los productos financieros ofertados, así como los contratos de prenda acordados, sustituyendo ilícitamente el objeto de dichas prendas por acciones de la entidad demandada con la posterior venta y aplicación de las garantías al producto obtenido con dicha venta. Por lo que solicitó la condena de la entidad financiera al pago de 523.307 €, en concepto de pérdida de la inversión realizada; al pago de 602.694,99 €, en concepto de ejecución indebida de la garantía acordada; y al pago de 2426,88 € y 1597,40 €, en concepto de comisiones y gastos cobrados indebidamente, respectivamente. Por último, solicitó el pago de los intereses legales de las cantidades entregadas en el periodo comprendido desde la contratación de los productos hasta el 18 junio 2013, fecha del canje obligatorio, con deducción de los cupones percibidos.

La entidad financiera se opuso a la demanda.

3. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. De forma que, tras declarar que no podía entrar a realizar ninguna valoración sobre el convenio aprobado en el concurso, por carecer de competencia, declaró el incumplimiento contractual solicitado y condenó a la entidad financiera al pago de los importes reclamados más el abono de los intereses legales desde el período solicitado por la demandante.

4. Interpuesto recurso de apelación por la demanda, la sentencia de la Audiencia Provincial lo estimó en parte. En primer lugar, si bien declaró que la entidad financiera había incumplido sus obligaciones de información en la contratación de los referidos productos financieros complejos, precisó que los intereses legales objeto de reclamación eran los intereses legales desde la interpelación judicial. En este sentido declaró:

"[...] Por lo que la indemnización deberá alcanzar la cifra resultante de esta operación, a la que se añadirán los intereses legales devengados desde la

interpelación judicial, como así estableció la sentencia del Tribunal Supremo antes referida, habida cuenta que no puede aplicarse al presente caso el artículo 1.303 del Código Civil, al referirse a los supuestos de nulidad del contrato, que en la demanda no se solicita, sino la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101, en que los intereses aplicables deben ser los legales desde la interpelación judicial, lo que conlleva la estimación parcial del primer motivo del recurso de apelación".

En segundo lugar, rechazó la pretensión de la demandante con relación al incumplimiento de la garantía prendaria acordada. En este sentido declaró:

"[...]Ha quedado acreditado que, sobre las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas adquiridas por la mercantil actora, se constituyó un derecho de prenda a favor de Bankia, S.A. como acreedor pignoraticio, en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la mercantil demandante. Como consecuencia del canje forzoso de esas participaciones preferentes y obligaciones subordinadas por acciones de Bankia, S.A. por resolución del FROB de fecha 16 de abril de 2.013, debe entenderse que la prenda, constituida inicialmente sobre dichos productos financieros, se sustituyó el objeto inicial de la misma por ese nuevo título valor, como son las acciones de Bankia. Sustitución que no tuvo su causa en un acuerdo de ambas partes sino como consecuencia de la resolución dictada por el FROB, por lo que no necesitaba el consentimiento de la mercantil deudora pignorante".

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

SEGUNDO. -Productos financieros complejos. Indemnización de responsabilidad civil por incumplimiento de contrato de servicios de inversión. Devengo de intereses legales. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La demandante, al amparo del ordinal 2.º del art. 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

2. En el primer motivo la recurrente denuncia la infracción de los arts. 1106 y 1107 CC y de la jurisprudencia de esta sala que los interpreta.

En el desarrollo del motivo argumenta que el devengo de los intereses legales debe establecerse desde el momento de la contratación de los productos

financieros complejos hasta la fecha del canje obligatorio, como mecanismo compensatorio que evite el enriquecimiento injustificado de la entidad financiera. De forma que el devengo de dichos intereses legales en el periodo señalado equivale al lucro cesante que integra la indemnización de daños y perjuicios.

3. El motivo debe ser desestimado. Esta sala, con relación a la acción de indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones de información de la entidad financiera (art. 1101 CC), tiene declarado que el devengo de los intereses legales se computará desde la fecha de interpelación judicial (entre otras, SSTS 754/2014, de 30 de diciembre; 655/2018, de 20 de noviembre y 68/2019, de 31 de enero).

4. En el motivo segundo la recurrente denuncia la infracción del art. 1204 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, así como la infracción, por inaplicación, del art. 1182 CC.

En el desarrollo del motivo, la recurrente argumenta que el cambio de objeto de los contratos de prenda, impuesto por la resolución administrativa del FROB, comportó una novación extintiva de los contratos de garantía, dando lugar a un supuesto de imposibilidad sobrevenida dado que los títulos objeto de la garantía ya no existían. Además de que no se había obtenido el consentimiento del deudor para la modificación del objeto de la garantía.

5. El motivo debe ser desestimado. En el presente caso la novación modificativa, como *effectum iuris*, no se produce por la vía tradicional del convenio modificativo acordado por las partes (1203 y ss. CC), tal y como pretende la recurrente, sino por resolución administrativa del FROB, por lo que el efecto modificativo se produce legalmente sin intervención de la voluntad de las partes. Por otro lado, tampoco se da el supuesto de la imposibilidad sobrevenida del art. 1186 CC, pues la novación operada no extingue la obligación y sólo modifica su objeto.

6. Por último, en el motivo tercero la recurrente denuncia la infracción de los arts. 1281, 1282 y 1283 CC y de la doctrina de la sala sobre interpretación de los contratos con relación a la cláusula 3.ª del contrato de prenda.

En el desarrollo del motivo, aparte de las infracciones denunciadas, la recurrente considera que en el presente caso no se ha dado el supuesto de

amortización que prevé la referida cláusula del contrato de prenda que, en lo que aquí interesa, contenía el siguiente tenor:

"Sustitución de la garantía. Si durante la vigencia de la operación los valores pignorados fueran amortizados, la prenda se extenderá por subrogación real a la suma o líquido reembolsado, sobre cuyo importe se instituirá un depósito en garantía indisponible y sin devengo de interés alguno".

7. El motivo debe ser desestimado. En primer lugar, la recurrente, de forma incorrecta, denuncia en un mismo motivo distintas infracciones sobre la normativa de interpretación de los contratos (arts. 1281, 1282 y 1283 CC), así como, a mayor abundamiento, la infracción genérica de "la doctrina de la sala sobre la interpretación de los contratos".

En segundo lugar, el motivo carece de fundamento pues, como la propia recurrente reconoce en su demanda, en el hecho octavo, en el presente caso sí que hubo una inicial transformación del objeto de la garantía y una posterior amortización o liquidación con la venta de las acciones. Por lo demás, el propio tenor literal de la cláusula en cuestión alude al supuesto de la amortización sin especificar la causa o el hecho que la determine, esto es, por voluntad de las partes o por la ley».