

## Jurisprudencia

### Reseña jurisprudencial e-Dictum 89

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

#### TRIBUNAL SUPREMO

##### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 82/2017] DE 6 DE MAYO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

*Cuestión procesal: revisión de sentencias firmes. El recurso de revisión, por su naturaleza extraordinaria, supone una excepción al principio esencial de la irrevocabilidad de las sentencias que hayan ganado firmeza. En su apreciación debe seguirse un criterio restrictivo, pues en caso contrario podríamos vulnerar el principio de seguridad jurídica, al mermar la autoridad de cosa juzgada de las resoluciones judiciales firmes. – Cuando la administración concursal sabía dónde se podía localizar a la demandada y no lo puso en conocimiento del juzgado existe una ocultación maliciosa del domicilio de la demandada. La ocultación maliciosa concurre objetivamente no solo cuando se acredita una intención torticera en quien lo ocultó, sino también cuando consta que tal ocultación, y la consiguiente indefensión del demandado, se produjo por causa imputable al demandante.*

«La demanda de revisión se dirige frente a la sentencia de 30 de junio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, en el incidente concursal 590/2014.

La sentencia estimó la acción rescisoria concursal de una escritura de reconocimiento de un crédito y constitución de una garantía hipotecaria. En concreto, declaró que el concursado prestatario había recibido 68.000 euros y no la suma escriturada de 71.300 euros, y rescindió la hipoteca.

La demanda de rescisión, presentada el día 30 de junio de 2014, iba dirigida contra el concursado (José) y su esposa, que en la escritura aparecían como prestatarios, y contra Ruth, la prestamista beneficiaria de la garantía.

La demanda identificaba como domicilio de la demandada Sra. Ruth, el que ella había consignado en la escritura objeto de rescisión. Esta escritura se había otorgada el 21 de enero de 2013, un año antes de la

declaración de concurso del prestatario, José. El proceso se siguió en rebeldía de la Sra. Ruth, pues se le trató de emplazar en el domicilio que había indicado en la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de la hipoteca, y fue negativa la diligencia, ya que había marchado de ese lugar hacía tres meses. La averiguación de domicilio fue infructuosa y finalmente, se la tuvo que citar por edictos.

En el concurso de acreedores, la Sra. Ruth había comunicado su crédito, el garantizado con la hipoteca objeto de rescisión. La comunicación, realizada por el abogado Juan Martínez Murcia, en representación suya, el día 9 de mayo de 2014, indicaba como domicilio a efectos de notificaciones el despacho profesional de este abogado (calle París 64-66, esc. B, 1º-2ª).

2. Tras tener conocimiento de la sentencia de rescisión, la Sra. Ruth se personó en el procedimiento de incidente concursal, el 27 de febrero de 2017, y pidió que se le tuviera por comparecida y parte. El letrado de la administración concursal, mediante diligencia de ordenación de 1 de marzo de 2017 le tuvo por personada y le hizo saber que en ese incidente se había dictado sentencia en fecha 30 de junio de 2015, que era firme.

El 19 de mayo de 2017, la Sra. Ruth instó un incidente de nulidad de actuaciones, cuya apertura fue denegada por providencia de 21 de junio de 2017, porque el trámite correcto para la reclamación que se hacía era el del art. 501 LEC, de rescisión de la sentencia firme a instancia del rebelde, y no la nulidad de actuaciones. Frente a esta denegación, formuló recurso de reposición, que fue desestimado el 15 de noviembre de 2017. Finalmente, el 11 de diciembre de 2017, la Sra. Ruth interpuso la demanda de revisión.

3. La demanda de revisión se funda en el supuesto previsto en el ordinal 4º del art. 510 LEC, el empleo de maquinaciones fraudulentas para obtener la sentencia estimatoria de la demanda. Las maquinaciones habrían consistido en demandar a la Sra. Ruth, directamente afectada por la rescisión concursal interesada, en un domicilio que ya no ocupaba, y no

haber empleado la información que la administración concursal había recibido del abogado de la Sra. Ruth cuando le comunicó su crédito.

4. La administración concursal que había sido parte demandante en el incidente de rescisión, se opone a la demanda de revisión. Primero alegó, como hecho nuevo, que la Sra. Ruth había cobrado en el concurso el crédito que se le había reconocido (68.000 euros), menos las costas del incidente concursal, en total 59.598 euros.

Luego relata todas las gestiones realizadas para el emplazamiento de la Sra. Ruth. Primero se le trató de emplazar en el domicilio que ella había señalado en la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca, un año antes de la declaración de concurso, y el emplazamiento fue negativo. A continuación, a instancia de la administración concursal demandante se procedió a la averiguación de domicilio. La Dirección General de Tráfico, el Cuerpo Nacional de Policía y la Tesorería General de la Seguridad Social dieron como domicilio la casa sita en la CALLE000 NUM001, NUM002 -NUM003, de Barcelona. Se intentó el emplazamiento en este domicilio y también resultó negativo. Se volvió a intentar el emplazamiento en los dos domicilios indicados por el catastro, en la CALLE001 NUM004 esc. NUM005 de Barcelona, con un resultado negativo, y en la AVENIDA000 NUM006 de Castelldefels, donde tampoco pudo emplazarse a la demandada. Fue después de todos estos intentos de emplazamiento personal, cuando se optó por la publicación de edictos.

La administración concursal resta relevancia a la comunicación que el letrado de la Sra. Ruth había hecho del crédito de esta.

5. Por su parte, el Ministerio Fiscal se opone a la demanda de revisión porque entiende que ha sido presentado más allá de los tres meses desde que tuvo conocimiento de la supuesta maquinación, el día 1 de marzo de 2017 en que se le notificó personalmente la sentencia. El fiscal entiende que este plazo de tres meses no se interrumpía por la interposición de recursos improcedentes, como lo es en este caso la nulidad de actuaciones.

Y respecto del motivo de revisión invocado, el fiscal considera que no existe maquinación fraudulenta por parte de la demandante, "por cuanto que tanto la demanda como la sentencia se trataron de notificar eficaz y fehacientemente, llevando a cabo todas las diligencias posibles para tal fin, como afirma el propio juzgador, siendo imposibles las notificaciones por lo que se recurrió a la notificación por edictos".

SEGUNDO. -Análisis de la revisión solicitada

1. Conviene advertir, como hemos hecho en otras ocasiones, "que el recurso de revisión, por su naturaleza extraordinaria, supone una excepción al principio esencial de la irrevocabilidad de las sentencias que hayan ganado firmeza. De tal forma que en su apreciación debe seguirse un criterio restrictivo, pues en caso contrario podríamos vulnerar el principio de seguridad jurídica, plasmado en el art. 9.3 CE, al mermar la autoridad de cosa juzgada de las resoluciones judiciales firmes" (sentencia 348/2014, de 18 de junio).

2. La Sra. Ruth funda su pretensión de revisión de la sentencia en la causa 4º del art. 510 LEC: en que fue ganada injustamente en virtud de maquinación fraudulenta. La maquinación habría consistido en que se le notificó la demanda por edictos, cuando la administración concursal disponía de una forma de notificarle a través de su abogada y de las señas indicadas para notificaciones en la comunicación de créditos.

3. El art. 512 LEC establece un plazo de tres meses para el ejercicio de la demanda de revisión, que debe computarse "desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad".

En este caso consta que la Sr. Ruth se personó en el procedimiento en el que se había dictado la sentencia en rebeldía, el 27 de febrero de 2017, y que, cuando menos el día 1 de marzo de 2017, se puso en su conocimiento la existencia de la sentencia firme. Sería a partir de entonces cuando comenzaría a computarse el plazo de tres meses para la interposición de la demanda de revisión, si no fuera porque el 19 de mayo de 2017 la Sra. Ruth instó un incidente de nulidad de actuaciones, cuya denegación resultó firme el 15 de noviembre de 2017. En atención a las circunstancias concurrentes que ponemos de relieve al apreciar la maquinación fraudulenta, haber pretendido la nulidad de actuaciones no debe considerarse un recurso manifiestamente improcedente a los efectos de que el tiempo empleado en su inadmisión no interrumpa el cómputo del plazo para presentar la demanda de revisión. Por eso, es desde ese momento cuando debe computarse el plazo de tres meses, que no se cumplió antes de que, el 11 de diciembre de 2017, se presentara la demanda de revisión.

En consecuencia, procede rechazar la objeción de que había presentado fuera de plazo.

4. Como recordábamos en la sentencia 130/2019, de 5 de marzo, esta sala ha reconocido la existencia de una maquinación fraudulenta, justificativa de la revisión de

la sentencia, cuando quien "ejercita una acción judicial oculta el domicilio de la persona contra la que estaba dirigida, alegando que lo desconoce para interesar que se le emplace por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía" (sentencia 297/2011, de 14 de abril). Esta causa de revisión está relacionada con la jurisprudencia sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y con el carácter subsidiario que debe tener el emplazamiento o citación por edictos, de tal manera que solo cabe acudir a él como última solución cuando no se conoce el domicilio de la persona que deba ser notificada o se ignora su paradero por haber mudado de habitación (sentencias 297/2011, de 14 de abril, y 442/2016, de 30 de junio).

De tal forma que, como afirmamos en la sentencia 130/2019, de 5 de marzo:

"No cabe prescindir de la llamada a juicio en forma personal cuando existe una posibilidad directa o indirecta de localizar al interesado y hacerle llegar el contenido del acto de comunicación (...). En consecuencia, el demandante tiene la carga procesal de que se intente dicho acto en cuantos lugares existe base racional suficiente para estimar que pueda hallarse la persona contra la que se dirige la demanda y debe desplegar la diligencia adecuada en orden a adquirir el conocimiento correspondiente, aunque no cabe exigirle una diligencia extraordinaria (...). De no hacerlo así se entiende que el demandante ha incurrido en ocultación maliciosa constitutiva de la maquinación fraudulenta que puede dar lugar a la revisión de la sentencia (...).

"En suma, la maquinación fraudulenta consistente en la ocultación maliciosa del domicilio de la demandada concurre objetivamente no solo cuando se acredita una intención torticera en quien lo ocultó, sino también cuando consta que tal ocultación, y la consiguiente indefensión del demandado, se produjo por causa imputable al demandante y no a aquel (...)"

5. En nuestro caso, consta que la administración concursal sabía dónde se podía localizar a la demandada y no puso en conocimiento del juzgado este medio. Lo sabía porque unas semanas antes de presentar la demanda de rescisión, en concreto el 19 de mayo de 2017, había recibido la comunicación del crédito hipotecario afectado por la rescisión solicitada. Y en esa comunicación, se indicaba el domicilio del abogado a efectos de comunicaciones. La vinculación entre la comunicación del crédito hipotecario y la demanda de rescisión, que pedía la ineficacia de la hipoteca y la reducción del importe del préstamo a lo que se afirmaba fue realmente percibido, es tan estrecha y tan próxima en el tiempo (la recepción de la comunicación, el 19 de mayo de 2017, y la

presentación de la demanda, el 30 de junio de 2017), que no puede obviarse el conocimiento que la administración concursal tenía del domicilio indicado por el letrado que realizó la comunicación del crédito a efectos de notificaciones. De tal forma que cuando el emplazamiento de la demandada, Sra. Ruth, en el domicilio indicado en la escritura de préstamo hipotecario resultó infructuoso, la administración concursal debía haber suministrado al juzgado aquel domicilio indicado en el escrito de comunicación del crédito de la Sra. Ruth para su localización y emplazamiento. No hacerlo constituye una ocultación maliciosa, encaminada a provocar la rebeldía de la demandada, que era la única que podía plantear una verdadera oposición a la pretensión rescisoria. Se trata de una maquinación fraudulenta que facilitó la obtención de la sentencia estimatoria de la rescisión, encuadrable en el art. 510.4 LEC. En consecuencia, procede estimar la revisión de esa sentencia, de 30 de junio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (incidente concursal 590/2014)».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 641/2017] DE 6 DE MAYO DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

*Contrato de transporte terrestre de mercancías: ejercicio de la acción directa regulada en la disposición adicional sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, de modificación de la Ley 16/1987, de ordenación del transporte terrestre. La acción directa ejercitada por el porteador efectivo contra el cargador es inmune a los pagos que el cargador hubiera realizado al porteador contractual. La norma persigue conceder una garantía en favor de los transportistas finales, como parte económicamente más débil de la cadena de transporte.*

«La empresa Obras y Servicios La Cámara Avilés (en lo sucesivo, La Cámara) fue subcontratada por la empresa Maderas Lusán S.L. para realizar portes que ésta, a su vez, tenía contratados con el cargador Celulosas de Asturias S.A. (CEASA).

2.- Maderas Lusán, como transportista intermedio, dejó de pagar al transportista final -La Cámara- portes por valor total de 27.199,68 €.

3.- La empresa cargadora (CEASA) había abonado a Maderas Lusán todas las cantidades debidas por estos transportes.

4.- La Cámara interpuso una demanda contra Maderas Lusán y contra CEASA, en reclamación de las cantidades pendientes de pago. En el caso de Maderas

Lusán, por el precio del contrato de transporte. Y en el caso de CEASA, en ejercicio de la acción directa regulada en la Disposición Adicional sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, de modificación de la Ley 16/1987, de ordenación del transporte terrestre (LOTT).

5.- La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, solo respecto de Maderas Lusán, y absolvió a CEASA, al considerar que la acción directa no alcanza a cantidades ya abonadas al transportista intermedio.

6.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la demandante y extendió la condena a CEASA. Consideró, básicamente, que la acción directa ejercitada por el transportista final o efectivo contra el cargador es inmune a los pagos que éste le hubiera realizado al transportista intermedio o subcontratante.

Único motivo de casación. La acción directa del transportista efectivo contra el cargador y los intervinientes en la cadena de subcontratación

Planteamiento:

1.- El único motivo de casación, formulado conforme a los arts. 477.2.3<sup>º</sup> y 477.3 LEC, al tratarse de norma que no lleva más de cinco años en vigor, sin que exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido, denuncia la infracción de la Disposición Adicional Sexta LOTT.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, sintéticamente, que la Audiencia Provincial incurre en un error de derecho al considerar que la mencionada Disposición Adicional ampara la posibilidad de que el cargador o transportista pague dos veces el mismo servicio, si quien contrató al transportista efectivo no le pagó el precio del transporte.

3.- Al oponerse al recurso, la parte recurrida aduce que ya no existe interés casacional, porque una cuestión idéntica a la presente ha sido resuelta por la sentencia de esta sala 644/2017, de 24 de noviembre. Aunque es correcta la invocación de la mencionada sentencia, ello no es óbice para considerar que existe interés casacional, porque no fue una sentencia de pleno y, hasta la fecha, solo se ha dictado por este Tribunal Supremo esa resolución en interpretación de la norma jurídica citada como infringida. Y, además, existe interés casacional cuando se interpuso el recurso.

Decisión de la Sala:

1.- La Disposición Adicional Sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, que modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, dice:

"Acción directa contra el cargador principal en los supuestos de intermediación. En los supuestos de intermediación en la contratación de transportes terrestres, el transportista que efectivamente haya realizado el transporte tendrá acción directa por la parte impagada, contra el cargador principal y todos los que, en su caso, le hayan precedido en la cadena de subcontratación, en caso de impago del precio del transporte por quien lo hubiese contratado, salvo en el supuesto previsto en el artículo 227.8 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre".

2.- Como se ha adelantado, la cuestión jurídica controvertida ha sido ya abordada y resuelta, en sentido coincidente con la interpretación efectuada por la sentencia recurrida, por la sentencia de esta sala 644/2017, de 24 de noviembre, cuya doctrina ahora reiteramos.

La duda interpretativa que suscitaba la acción directa concedida al transportista efectivo era si, en sintonía con el art. 1597 CC, el cargador principal sólo responderá hasta la cantidad que adeude al porteador intermedio, o si habrá de hacerlo, aun sin deber nada a dicho transportista intermedio, a modo de garante del transportista efectivo. Puesto que la Disposición Adicional transcrita no indica expresamente si la obligación del cargador lo es a todo evento (incluso aunque haya pagado su porte) o queda limitada a lo que él adeude a su porteador cuando se le hace la reclamación por el tercero.

3.- Tras analizar los antecedentes legislativos, los trabajos parlamentarios y las regulaciones de Derecho comparado (especialmente, francés e italiano), concluimos que resultaba relevante que en la tramitación parlamentaria (cuyo desarrollo se detalla en dicha sentencia, a la que nos remitimos) se eliminara la limitación de que únicamente pudiera reclamarse lo que el cargador principal adeudara al intermediario. Lo que, por lo demás, resultó acorde con la previsión del Código de Comercio francés (L-132.8), en gran medida fuente inspiradora de nuestra reforma legal, ya que se aceptó transaccionalmente una enmienda que postulaba una regulación idéntica. Consideramos, también, que esta conclusión quedaba reforzada por una interpretación finalista (art. 3 CC), relativa al objetivo del legislador de conceder una garantía en favor de los transportistas finales, como parte económicamente más débil de la cadena de transporte.

4.- En suma, consideramos entonces y ahora reiteramos, que basta comparar el texto del proyecto de ley con el texto finalmente aprobado para

constatar que este último tiene un alcance mayor que el contenido del art. 1597 CC. Se trata de una norma propia y específica del contrato de transporte terrestre, para ser, no solo una acción directa tradicional, sino también una modalidad de garantía de pago suplementaria. Como declaramos en la sentencia referenciada:

"La novedad esencial que supuso el cambio de redacción en la tramitación parlamentaria fue que la acción directa puede ejercitarla el transportista efectivo con independencia de que el reclamado (el cargador principal o un subcontratista intermedio) hubiera o no satisfecho el porte al operador de transporte a quien hubiera encargado su ejecución. Es decir, la Disposición Adicional Sexta LOTT no supedita el ejercicio de la acción directa contra el cargador a que éste no haya abonado el porte al porteador contractual, de manera que esta acción directa del porteador efectivo existe con independencia del crédito del porteador frente a su cargador".

5.- De todo ello cabe concluir que la acción directa regulada en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, es una acción directa en favor del que efectivamente ha realizado los portes frente a todos aquellos que conforman la cadena de contratación hasta llegar al cargador principal; como instrumento de garantía de quien ha realizado definitivamente el transporte.

Es por ello que puede ocurrir, como sucede en este caso, que el porteador efectivo reclame al cargador el precio del transporte que, sin embargo, éste ya haya pagado al porteador contractual. Como también dijimos en la sentencia 644/2017, de 24 de noviembre: "Aquí es donde esta acción se aparta de manera más significativa del régimen general previsto en el art. 1597 CC, al establecer, en garantía del porteador efectivo, un régimen que posibilita el doble pago, sin perjuicio de un ulterior derecho de repetición contra el porteador contractual para la devolución de lo abonado al porteador efectivo. De manera que la única forma que tiene el cargador para evitar que pueda ser objeto de este tipo de acciones es prohibir en el contrato de transporte su subcontratación".

6.- En atención a lo expuesto, el recurso de casación debe ser desestimado».

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 4196/2016] DE 7 DE MAYO DE 2019 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]**

*Contrato de suministro de mercancías y prestación de servicios: posibilidad de que la excepción de*

*incumplimiento contractual pueda enervar temporal o definitivamente la reclamación de la contraparte. El efecto suspensivo meramente temporal de la excepción, la convierte en inadecuada cuando se trata de liquidar definitivamente un contrato sinalagmático de tracto sucesivo, parcialmente ejecutado y extinguido por la resolución contractual instada. Faltaría el requisito de que la prestación incumplida sea todavía susceptible de cumplimiento y sea útil a los intereses del acreedor, lo que ya no es posible cuando se ha producido una situación irreversible como es que el acreedor haya optado por la resolución del contrato. Ahora bien, el incumplimiento no autoriza al contratante cumplidor a negarse a liquidar el contrato tal como se pactó, con aplicación del rappel por las compras hechas por la contraparte. El hecho de que el contrato haya quedado extinguido por haber quedado resuelto no impide a las partes exigir las prestaciones que han quedado pendientes de cumplir.*

«El 18 de marzo de 2009, El Asador en Casa S.L. (en lo sucesivo, El Asador en Casa) concertó un contrato denominado de suministro de mercancías y prestación de servicios, con diversas sociedades del Grupo Vips, entre las que se encontraba SDH Sigla S.L. (en lo sucesivo, SDH).

En este contrato, entre otros extremos, se establecía en favor de estas últimas un descuento por volumen de compras (rappel) del 6% fijo por la totalidad de la cantidad comprada, si bien no se determinaba la forma de pago de este descuento. Se convino como duración del contrato un año, con prórroga automática por periodos anuales, salvo denuncia expresa y por escrito de cualquiera de las partes, notificado a la otra fehacientemente, con una antelación mínima de tres meses previos a la fecha de la resolución anticipada que figurase en la notificación.

2.-SDH dejó de abonar cuatro facturas de suministros recibidos de El Asador en Casa, de fechas 11 de diciembre de 2012, por un importe de 12.692,30 euros, 13 de diciembre de 2012, por importe de 12.692,30 euros, 18 de diciembre 2012, por importe de 16.923,04 euros, y 21 de diciembre de 2012, por importe de 29.615,36 euros.

3.-En un correo electrónico que SDH envió a El Asador en Casa, le solicitó que le informara sobre el importe de la facturación del año 2012, así como el valor de rappel. El Asador en Casa contestó en otro correo electrónico de 8 de enero de 2013, y cifró la facturación del año 2012 en 1.059.107,49 euros y el rappel en 63.546,50 euros

4.-Desde la recepción de los suministros a que se refieren las cuatro facturas indicadas, SDH dejó de

realizar pedidos a El Asador en Casa. Por tal razón, El Asador en Casa consideró que la demandada había resuelto de hecho el contrato sin ajustarse a los términos establecidos en el contrato. Mediante una comunicación que le envió el 19 de marzo de 2013, El Asador en Casa dio por resuelto el contrato que le vinculaba con la SDH.

5.-El Asador en Casa ha interpuesto una demanda contra SDH en la que le reclama 71.922,99 euros, más los intereses legales previstos en la Ley 3/2004, por el impago de las cuatro facturas a que se ha hecho referencia. También solicitó en su demanda que se declarase la resolución del contrato a causa del incumplimiento contractual imputable a SDH, pero no solicitó la indemnización de los daños y perjuicios causados por este incumplimiento contractual que justificaba la resolución del contrato, más allá de la reclamación del pago de los intereses de la Ley 3/2004.

6.-SDH, al contestar la demanda, alegó un crédito compensable de 71.922,99 euros, correspondiente al rappel por la facturación de 1.149.500,95 euros en el año 2012, aunque en esta facturación incluía no solo facturas de la demandada sino también las de otra sociedad del grupo Vips. Aplicado un descuento del 6%, correspondiente al rappel pactado en el contrato, a la facturación de 1.149.500,95 euros resultaban 73.285,44 euros, de los que pretendía compensar en el proceso 71.922,99 euros y renunciaba al exceso.

7.-El Asador en Casa, al contestar a la solicitud de compensación de crédito, alegó que el incumplimiento de SDH, consistente en el cese de los pedidos sin respetar el plazo de preaviso para la resolución del contrato, operaba como una excepción de incumplimiento contractual ante la pretensión de SDH de compensar el importe adeudado de las cuatro facturas con el rappel por volumen de compras.

8.-La sentencia de primera instancia declaró que la demandada dejó de cumplir con la obligación sustancial de realizar pedidos de suministros, por lo que acordó la resolución del contrato de suministro de mercancías y prestación de servicios. Consideró asimismo que el incumplimiento de la demandada impedía la compensación de la cantidad correspondiente al rappel con la cantidad reclamada por las cuatro facturas impagadas, por aplicación de la excepción de incumplimiento contractual. En consecuencia, condenó a la demandada al pago de la cantidad reclamada de 71.922,99 euros, más los intereses previstos en la Ley 3/2004 desde la interpelación judicial.

9.-Esta sentencia fue recurrida en apelación por ambas partes. La demandante impugnó en su recurso dos

pronunciamientos, la aplicación del interés previsto en la Ley 3/2004 solamente desde la interpelación judicial y la no imposición de las costas procesales. La demandada consintió el pronunciamiento de la sentencia que acordó la resolución del contrato de suministro de mercancías y prestación de servicios por incumplimiento imputable a ella, pero impugnó el rechazo, con base en la excepción de contrato no cumplido, de la compensación de la cantidad correspondiente al rappel que había opuesto.

10.-En lo que aquí interesa, la sentencia de la Audiencia Provincial consideró que el planteamiento de la demandante suponía que la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato determinante de su resolución se obtenía mediante la anulación del crédito existente a su favor por la aplicación del rappel. Citó la jurisprudencia existente sobre la naturaleza y virtualidad de la excepción de incumplimiento contractual, de la que resultaba que dicha excepción enervaba la reclamación temporalmente, en tanto que la prestación no realizada siguiera siendo útil al acreedor y fuera todavía susceptible de cumplimiento, pues si se hubiera generado una situación irreversible, se trataría de un incumplimiento resolutorio y el remedio habría de buscarse, con base en el art. 1124 del Código Civil, en las acciones de cumplimiento o de resolución e indemnización de daños y perjuicios. Por tal razón, concluyó que la excepción de incumplimiento contractual planteada por El Asador en Casa no podía oponerse a la compensación solicitada por SDH.

En base a lo anterior, fijó la cuantía del crédito resultante del rappel en 64.669,42 euros, pues excluyó el que correspondía a las compras hechas por otra sociedad del grupo VIPS, lo restó del crédito resultante de las facturas impagadas y determinó que la deuda de SDH respecto de El Asador en Casa ascendía a 7.253,57 euros, que devengarían a favor de la acreedora el interés previsto en la Ley 3/2004 desde el vencimiento de la última factura impagada.

11.-El Asador en Casa ha interpuesto un recurso de casación contra esta sentencia, que basa en un solo motivo.

SEGUNDO. -Formulación del recurso

1.-El único motivo del recurso de casación interpuesto por El Asador en Casa se encabeza con este epígrafe:

"Al amparo del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, apartados 1, 2-3º y 3, por vulneración de los artículos 1.100, 1.124 y 1.196-4º del Código Civil, presentando el recurso interés casacional por contradicción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la excepción de incumplimiento contractual, y la posibilidad de que dicha excepción pueda enervar

temporal o definitivamente la reclamación de la contraparte contractual. Doctrina representada, entre otras, por las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo números 89/2013, de 4 de marzo, 294/2012, de 18 de mayo y 1284/2006, de 20 de diciembre" (énfasis de mayúscula suprimido).

2.-En el desarrollo del motivo, la recurrente transcribe varias sentencias de esta sala sobre la excepción de incumplimiento contractual, cuyos argumentos sintetiza, y alega que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe esta doctrina porque ignora la resolución del contrato instada extraprocesalmente por El Asador en Casa y declarada posteriormente por el juzgado y la audiencia; porque dicha resolución contractual supuso la extinción del contrato y no una mera suspensión provisional del cumplimiento de las obligaciones recíprocas; que SDH no podía exigir el cumplimiento de la parte del contrato que le interesaba frente a la demandante porque se encontraba en mora, menos aún una vez operada la resolución del contrato que fue convalidada judicialmente; y porque el crédito cuya compensación se pretendía no resultaba exigible desde el momento en que previamente el contrato había resultado resuelto debido a su incumplimiento.

TERCERO. -Decisión del tribunal: la excepción de incumplimiento de contrato en los contratos sinalagmáticos, de tracto sucesivo, parcialmente ejecutados, pendientes de liquidar

1.-La sentencia recurrida no ha incurrido en la infracción legal que se le imputa en el recurso. Por el contrario, ha aplicado correctamente la jurisprudencia de este tribunal sobre la exceptio non adimpleti contractus [excepción de contrato incumplido], contenida, entre otras, en las sentencias 1284/2006, de 20 de diciembre, 294/2012, de 18 de mayo, 772/2012, de 20 de diciembre, 30/2013, de 12 de febrero, 89/2913, de 4 de marzo, 645/2013, de 4 de noviembre, 156/2016, de 15 de marzo, y 615/2016, de 10 de octubre.

2.-El Asador en Casa ha opuesto la excepción de contrato incumplido para que, en la liquidación del contrato que le unía con SDH (pues se trata de la liquidación de un contrato sinalagmático, de tracto sucesivo, parcialmente ejecutado, más que de una compensación propiamente dicha), no se aplique el descuento correspondiente a la aplicación del rappel pactado en el contrato. No ha pretendido una suspensión provisional de la aplicación del descuento comercial pactado, hasta que la parte contraria cumpliera la prestación que le corresponde según el contrato, sino una exención total y definitiva de su obligación de aplicar el citado descuento.

3.-Esta tesis no es conforme con la naturaleza y efectos que la jurisprudencia ha atribuido a la excepción de contrato no cumplido. Esta excepción es un medio de defensa que supone una negativa provisional al pago y suspende o paraliza la ejecución de la prestación a cargo de la parte que la opone mientras la otra parte no cumpla con exactitud. De este modo, con esta excepción tan solo se puede pretender una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación, no la exención definitiva, como pretende la parte demandante. Este efecto meramente temporal de la excepción, limitada a suspender provisionalmente la exigibilidad de la obligación de la parte que la opone, la convierte en inadecuada cuando se trate de liquidar definitivamente una relación que se encuentre extinguida, en este caso por la resolución contractual instada por El Asador en Casa, pues falta el requisito de que la prestación incumplida sea todavía susceptible de cumplimiento y sea útil a los intereses del acreedor si se cumple satisfactoriamente, lo que ya no es posible cuando se ha producido una situación irreversible como es que el acreedor haya optado por la resolución del contrato, como en este caso.

4.-El incumplimiento contractual de SDH no le priva de cualquier derecho derivado del contrato, en concreto, del derecho a que el contrato resuelto se liquide conforme a lo pactado.

5.-Correlativamente, este incumplimiento no autoriza al contratante cumplidor, El Asador en Casa, a negarse a liquidar el contrato tal como se pactó, con aplicación del rappel por las compras hechas por SDH. Le facultaba para exigir el cumplimiento del contrato o para solicitar la resolución del contrato, porque se trató de un incumplimiento resolutorio ya que consistió en un incumplimiento grave que frustró el fin económico del contrato, y para exigir la indemnización de los daños y perjuicios que le causó el incumplimiento de SDH. Ejercitó efectivamente la acción de resolución del contrato, que ha sido estimada; exigió el pago de las facturas impagadas y el pago de los intereses moratorios previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Pero no solicitó otra indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de SDH, salvo el pago de los citados intereses por la mora en el pago de las facturas correspondientes a los últimos suministros.

6.-Por otra parte, el hecho de que el contrato haya quedado extinguido por haber quedado resuelto no impide a las partes exigir las prestaciones que han quedado pendientes de cumplir; en el caso de El

Asador en Casa, el pago de las facturas pendientes, y en el caso de SDH, el descuento de la cantidad correspondiente al rappel pactado en el contrato.

7.-Así pues, SDH ha de estar y pasar por la resolución del contrato, debe pagar las facturas impagadas e indemnizar por la demora en el pago de las facturas mediante el pago de los intereses previstos en la citada Ley 3/2004. Pero no puede verse privada del derecho a que se liquide el contrato parcialmente ejecutado y se aplique el rappel correspondiente a las compras realizadas, descontando su importe al de las facturas que está obligada a pagar.

8.-Lo expuesto determina que el recurso deba ser desestimado».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3245/2016] DE 7 DE MAYO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

*Concurso de acreedores: el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia atribuye la competencia judicial internacional para conocer de acciones que derivan directamente de un procedimiento de insolvencia y guardan inmediata relación con este a los tribunales del Estado de apertura de este procedimiento, aunque el domicilio del demandado se encuentre en otro Estado miembro. - No concurre cosa juzgada internacional cuando no existe identidad de objeto litigioso, como en el supuesto de que en un tribunal el levantamiento de embargos se justifique como efecto legal de la paralización de ejecuciones, y en el otro como consecuencia del efecto novatorio del convenio concursal.- Se trataría de dar cumplimiento al convenio frente al acreedor renuente, que tiene abierta una ejecución en otro Estado miembro y se corre el riesgo de que en ella cobre más de lo que le corresponde tras la novación de sus créditos con el convenio aprobado en el concurso de acreedores declarado en España.*

«Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

i) Consecuencia de un programa de contratación para la construcción de buques sísmicos que debía llevar a cabo Factorías Vulcano, S.A. (en adelante Vulcano) y que no llegó a buen fin, en fecha 8 de enero de 2010 recayó laudo arbitral en el que, en esencia, se declaró: a) que era lícita la resolución del contrato instada por la entidad Arrow Seismic Invest II Limited (en adelante

Arrow II y actualmente denominada PGS Geophysical (UK) Limited, en adelante PGS) y, b) que Vulcano debía reintegrar a Arrow II las cantidades anticipadas para la construcción que ascendían a 39.695.000 euros, más intereses y costas.

Como parte de ese importe estaba garantizado por el Banco Popular Español, Arrow II recibió del banco las sumas correspondientes y quedaron pendiente de pago 9.302.232,36 euros y 109.867 coronas noruegas, no cubiertas por la garantía.

Arrow II instó ante los tribunales noruegos la ejecución del laudo y obtuvo de tales tribunales unas medidas, denominadas conforme al derecho noruego " utlegg ", en cuya virtud se garantizó la suma de 500.000 euros en resolución de fecha 10 de septiembre 2010 y posteriormente la suma de 10.380.000 euros en resolución de 14 de octubre 2010.

El 23 de noviembre 2010, a instancia de Arrow II, el juzgado mercantil con sede en Vigo acordó el reconocimiento y ejecución (exequatur) de laudo arbitral, al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio 1958.

ii) El 19 de enero de 2011, Vulcano fue declarada en concurso voluntario de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, con sede en Vigo. En la lista de acreedores, se reconoció el crédito de Arrow II, que se clasificó del siguiente modo: 7.952.427,83 euros como crédito ordinario y 1.643.616,58 euros como crédito subordinado.

iii) El 12 de abril de 2012, el juez del concurso, a instancia de Vulcano y al amparo del art. 55.1 de la Ley Concursal (en adelante, LC), resolvió lo siguiente: ordenó expedir testimonio del auto de declaración de concurso, con la expresión de su firmeza y con la precisión adicional del efecto suspensivo automático sobre los procedimientos de ejecución iniciados, a la Oficina de Ejecución Coactiva de Bergen (Noruega); y alzar el embargo trabado por Arrow II sobre los derechos de cobro que ostenta Vulcano frente a Armada Seismic Investment I hasta la cantidad de 500.000 euros y frente a la compañía Armada Sismic Investment II hasta la cantidad de 10.338.000 euros.

Esta resolución fue revocada en parte por la Audiencia Provincial, por auto de 25 de abril de 2012, que dejó sin efecto el pronunciamiento de alzar los embargos porque se habían adoptado antes de la reforma del art. 55 LC, aprobada por Ley 38/2011 de 10 de octubre.

iv) El 27 de marzo 2012, el juez del concurso, mediante sentencia, aprobó la propuesta de convenio presentada por Vulcano. En este convenio se establecía una quita del 80% para los créditos ordinarios y subordinados, así como un calendario de

pagos. Consecuencia de lo anterior se produjo una novación modificativa del crédito de Arrow II: el ordinario quedó reducido a la suma de 1.591.685,57 y el subordinado a 328.723,32 euros.

v) Tras la aprobación del convenio, Vulcano solicitó nuevamente el alzamiento de los embargos. El juez del concurso, por providencia de 25 de mayo 2012, remitió a las partes a lo acordado en la sentencia que aprobaba el convenio.

La providencia fue recurrida en reposición por Arrow II, quien sostuvo que no existía cauce procesal en el seno del procedimiento concursal para resolver sobre la petición efectuada, que debía acudir al procedimiento declarativo ordinario. Además, adujo que Vulcano ya no se encontraba en concurso y precisó que el embargo practicado en Noruega se había transformado en un derecho real oponible frente al concurso.

El recurso fue desestimado por auto de fecha 25 de junio 2012, en el que se declara lo siguiente:

"... corresponderá a la oficina de Ejecución Coactiva de Bergen valorar en su propio procedimiento las consecuencias novatorias sobre créditos del favorecido por la medida de garantía, cualquiera que sea ésta su naturaleza, teniendo en cuenta, a todos los efectos, que en el concurso de acreedores sustanciado en España la calificación de los créditos del recurrente no goza de privilegio alguno en el concurso, sin que dicha decisión haya sido recurrida por Arrow II, y que en derecho español la petición del concursado sería atendible en su totalidad".

vi) En cumplimiento del convenio, Vulcano hizo el primer pago del 10% de los créditos ordinarios, entre ellos el de la demandada.

viii) Paralelamente a la tramitación del procedimiento concursal en España, Vulcano solicitó el levantamiento de los embargos (utlegg) decretados a instancia de Arrow II por la Oficina de Ejecuciones de Noruega. Los tribunales noruegos denegaron la cancelación de los embargos: primero el Tribunal de 1ª Instancia de Bergen mediante una resolución de 15 de febrero 2012; esta resolución fue confirmada por el Tribunal de Segunda Instancia en resolución de fecha 21 de agosto 2012 y por el Tribunal Supremo en resolución de fecha 24 de abril 2013. En esta última resolución razona lo siguiente:

"si los procedimientos concursales extranjeros no impiden procedimientos de recobro de deudas independientes en relación con los activos del deudor en Noruega, tampoco pueden sentar las bases para anular embargos realizados contra el acreedor antes de que se inicien procedimientos concursales en el extranjero".

2. En la demanda que dio inicio al presente procedimiento, del que conoció en primera instancia un juzgado de Vigo, Vulcano solicitó que se dictara una sentencia en el siguiente sentido.

Por una parte, que declarara: i) que la demandada, Arrow II (actualmente PGS) como titular de un crédito ordinario de 7.952.427,83 euros y de un crédito subordinado de 1.643.616,58 euros está sujeta al convenio de acreedores del concurso de Vulcano, aprobado por sentencia de fecha 27 de marzo de 2012 ; y ii) que en virtud de la quita aprobada en el convenio de acreedores, los créditos de Arrow II contra Vulcano se habían reducido a 1.591.685,57 euros el ordinario y a 328.723,32 euros el subordinado, y deberían satisfacerse en los plazos previstos en el citado convenio.

Y por otra, que se condenara a Arrow II a: i) dejar sin efecto la ejecución seguida frente a Vulcano ante la oficina de embargos de Bergen y alzar los embargos trabados sobre los créditos que ostenta Vulcano frente a Armada Seismic Invest I, LTD, y Armada Seismic Invest II, LTD; ii) en el caso en que percibiera algún importe con cargo a bienes de Vulcano, reintegrar lo percibido o, subsidiariamente, que se aplicara a la cancelación del crédito novado por el convenio de acreedores; y iii) abonar a Vulcano los intereses devengados al tipo legal del dinero desde la fecha de la sentencia de aprobación del convenio y los procesales desde la fecha de la sentencia, así como al pago de las costas ocasionadas.

3. El juzgado estimó en parte la demanda. Estimó las dos pretensiones declarativas y la condena a Arrow II a dejar sin efecto la ejecución en Bergen y alzar los embargos. En cuanto al resto de las peticiones de condena, el juzgado acordó que en el caso de que la demandada percibiera algún importe con cargo a bienes de Vulcano, debería reintegrar este dinero a la masa del concurso más los intereses legales correspondientes (art. 1108 Código Civil).

En su fundamentación jurídica, la sentencia de primera instancia razona que los efectos de la aprobación del convenio de acreedores son los previstos en el art. 136 LC ; rechaza la excepción de cosa juzgada internacional; otorga al utlegg la naturaleza de simple embargo ejecutivo, sin el tratamiento que el art. 201 LC otorga a los derechos reales entendidos conforme a la ley española; y justifica, legal y materialmente, el alzamiento de los utlegg sobre los créditos que Vulcano ostente frente a Armada, y, para el caso en que llegue a cobrar algo de esa ejecución, la reintegración a la masa del concurso de los importes percibidos y los intereses legales.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Arrow II. Este recurso ha sido desestimado en su integridad por la Audiencia Provincial.

La sentencia de apelación, en primer lugar, ratifica la competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de las pretensiones contenidas en la demanda.

En cuanto al fondo, confirma la procedencia de los dos pronunciamientos declarativos, con el siguiente argumento:

"Aun partiendo de la innegable premisa de que los efectos de los créditos de Arrow II, afectados por el convenio, se desprenden de la sentencia dictada en el seno del mismo y de la ley, resulta conveniente la admisibilidad de las pretensiones declarativas ejercitadas. En efecto, tal se desprende de los hechos declarados probados estimamos que Vulcano tiene legítimo interés en los pronunciamientos declarativos que interesó en su demanda, por cuanto la actuación procesal de la ahora apelante, desde el momento que pretende mantener un privilegio -utlegg -en otro país respecto de sus créditos y al margen del concurso español, no revela, precisamente, su voluntad de acatar el convenio en orden al cumplimiento de su obligación como acreedor ordinario de Vulcano, con la consiguiente inseguridad jurídica para la accionante, ello a pesar de que el art. 133 LC establece que el "convenio adquirirá su plena eficacia desde la fecha de la sentencia en la que se apruebe dicho convenio, cesando todos los efectos de la declaración del concurso, que quedarán sustituidos por lo previsto en el propio convenio...", vinculando su contenido -nos referimos al convenio-al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados (art. 134 LC).

"El mismo criterio sirve para apreciar la necesidad de un pronunciamiento declarativo en el que queden fijados los importes de los créditos de la apelante, tras la novación modificativa operada como consecuencia de la aprobación del convenio, pues éste no los recoge de manera expresa, sin que sea obstáculo a lo anterior que tal novación no es definitiva porque la consideración de que sus efectos desaparecerían si el convenio no se cumple, es un efecto previsto en la ley (art. 136, 140 LC)".

En relación con la controversia sobre si los utlegg constituyen garantías reales, advierte que esta calificación es irrelevante en este momento, pues Arrow II, cuando comunicó sus créditos en el concurso no hizo referencia a que estuvieran cubiertos por ninguna garantía real. De tal forma que, por tratarse de créditos concursales ordinarios y subordinados, se ven afectados por los efectos novatorios del convenio.

Al respecto, la sentencia de segunda instancia recuerda lo siguiente:

"Ocurre, además, que en el caso la demandante no ha peticionado en el suplico de su demanda que el juzgado alce los utlegg que garantizan los créditos en Noruega, sino que la demandada sea condenada a dejar sin efecto la ejecución seguida en Noruega y que, en consecuencia, los alce, efecto legítimo en tanto que consustancial a uno de los principios fundamentales que inspiran la Ley Concursal, cual es el principio de la igualdad de trato entre los acreedores, generándose una comunidad de suertes entre ellos al compartir un sacrificio común (par conditio creditorum)".

Vuelve a rechazar que exista cosa juzgada material en relación con la resolución del tribunal de primera instancia de Bergen que rechazó la petición de levantamiento de los utlegg, porque si bien hay identidad de partes, el objeto del litigio es distinto:

"el procedimiento seguido en Noruega ante la oficina de embargos de Bergen es un proceso de ejecución en el que se embargan unos créditos de Vulcano, ante lo cual una vez presentado en España el concurso voluntario y tras acordar el Juzgado de lo Mercantil por Auto de fecha 12 de abril 2011 el alzamiento de los embargos en Noruega, los acreedores concursales solicitan en la Oficina coactiva de embargos de Bergen que se alcen, mientras que en este procedimiento lo que se ejercita es una pretensión de cumplimiento frente a Arrow II en el sentido de que deje sin efecto el embargo trabado en Noruega en base a los términos que resultan de la aprobación judicial del convenio, novación modificativa que implica que los embargos no puedan mantenerse al desaparecer, aunque lo sea temporalmente, la exigibilidad de los créditos en su configuración originaria".

Finalmente, reitera la procedencia de condenar a Arrow II a levantar los embargos, porque este acreedor queda vinculado por la solución alcanzada en el concurso de acreedores de Vulcano, y en concreto por las quitas y esperas acordadas, de forma que no puede eludir estos efectos manteniendo una ejecución judicial de su crédito:

"existe justificación legal y material para condenar a la demandada a que proceda a alzar los utlegg trabados sobre los créditos que la actora ostenta frente a Armada Seismic Invest I y Armada Seismic Invest II; legal porque el concurso pretende una ejecución ordenada sobre el patrimonio del deudor de todos los créditos concurrentes, que en este caso se han concretado en el convenio, bajo el principio de la par conditio creditorum y la comunidad en las pérdidas según la diferente clasificación de los créditos

reconocidos. Por tanto, es claro que no puede admitirse que cada acreedor inicie o prosiga contra el deudor ejecuciones singulares que menoscaben su patrimonio al margen del concurso, de ahí la condena de la demandada para que deje sin efecto la ejecución y que cobre sus créditos en condiciones de igualdad con los restantes acreedores ordinarios. Principio que se infiere de los arts. 134, 136 y 218 LC y de la vis atractiva que tiene el proceso concursal (art. 55 LC). Y, justificación material porque el mantenimiento de los utlegg impide a Vulcano recibir la importante cantidad que le adeuda Armada Seismic Invest LTD, mientras que el crédito de Arrow por su propia decisión y calificación sigue siendo ordinario".

5. Frente a la sentencia de apelación, Arrow II formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

SEGUNDO. Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación del motivo. El motivo se formula al amparo del ordinal 1º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) y denuncia la vulneración del art. 2.1 del Reglamento CE 44/2001 sobre competencia internacional (en adelante, RCE 44/2001), según el cual el conocimiento del presente caso no corresponde a los tribunales nacionales.

En el desarrollo del motivo se aduce que la sentencia recurrida ratifica que la competencia de los tribunales españoles se justifica por la previsión contenida en el art. 5.1.a) RCE 44/2001, pues se considera "materia contractual" el convenio de acreedores aprobado en el concurso de Vulcano. Según este precepto:

"Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

"1) a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda (...)"

El recurso entiende que no nos hallamos ante una "materia contractual", pues Arrow II no sólo no prestó consentimiento al convenio, sino que se opuso. Por eso no cabría aplicar el fuero del art. 5.1.a) RCE 44/2001, para dejar de aplicar la previsión contenida en el art. 2 .1 de dicho reglamento, que remite al domicilio del demandado, que en este caso está en Inglaterra.

El recurrente también interesa que se plantee cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre si una demanda como la ejercitada en este pleito versa sobre "materia contractual" a los efectos del art. 5.1 a) RCE 44/2001.

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

2. Desestimación del motivo. Debemos confirmar la competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de la demanda que dio inicio a este procedimiento, pero por la aplicación de una disposición normativa distinta a la aplicada por los tribunales de instancia.

En el presente caso, la atribución de competencia internacional no se rige por el RCE 44/2001, cuyo art. 1.2.b) excluye de su ámbito de aplicación "la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos", sino por el Reglamento CE 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante, RCE 1346/2000), de acuerdo con la interpretación que sobre las reglas de competencia judicial internacional ha realizado el TJUE.

Por la fecha en que se abrió el concurso de acreedores, resultaba de aplicación el Reglamento CE 1346/2000. El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 12 de febrero de 2009, C-339/2007 (caso Seagon), ha entendido que el artículo 3, apartado 1, de este reglamento "debe interpretarse en el sentido de que también atribuye competencia internacional al Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia para conocer de las acciones que emanen directamente de este procedimiento y que guarden estrecha relación con él" (21).

Y en tres apartados posteriores (25, 26 y 27), acaba de desarrollar el razonamiento por el que atribuye la competencia judicial internacional para conocer de acciones que derivan directamente de un procedimiento de insolvencia y guardan inmediata relación con este, a los tribunales del Estado de apertura de este procedimiento, aunque el domicilio del demandado se encuentre en otro Estado miembro de la UE:

"Por último, la interpretación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 expuesta en el apartado 21 de la presente sentencia se ve corroborada por el artículo 25, apartado 1, de dicho Reglamento. En efecto, el párrafo primero de esta última disposición establece una obligación de reconocimiento de las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas por el tribunal cuya resolución de apertura del procedimiento deba reconocerse en virtud del artículo 16 de dicho Reglamento, es decir, un tribunal competente con arreglo al artículo 3, apartado 1, de este mismo Reglamento (25).

"De conformidad con el párrafo segundo del artículo 25, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000, el párrafo primero de dicho apartado 1 se aplica asimismo a las resoluciones que se deriven

directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste. Dicho de otro modo, esta disposición acoge la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto un procedimiento de insolvencia al amparo del artículo 3, apartado 1, de dicho Reglamento también conozcan de una acción del tipo de que se trata en el litigio principal (26).

"En este contexto, la expresión "incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional", que figura en el artículo 25, apartado 1, párrafo segundo, de este mismo Reglamento no implica que el legislador comunitario haya querido excluir la competencia, para el tipo de acciones de que se trata, de los órganos jurisdiccionales del Estado en cuyo territorio se abrió el procedimiento de insolvencia. Esta expresión denota, en especial, que corresponde a los Estados miembros determinar el órgano jurisdiccional competente desde los puntos de vista territorial y material, el cual no ha de ser necesariamente el que procedió a la apertura del procedimiento de insolvencia. Además, esta expresión se refiere al reconocimiento de las resoluciones de apertura de un procedimiento de insolvencia según lo establecido en el artículo 16 del Reglamento nº 1346/2000 (27)".

De tal forma que el TJUE establece el denominado test de la doble condición, en cuanto que la acción debe estar basada directamente en el derecho de insolvencia y debe estar estrechamente conectada con un procedimiento de insolvencia. Esta doctrina ha pasado al art. 6.1 del actual Reglamento europeo de Insolvencia 848/2015.

3. En nuestro caso, la acción ejercitada pretende hacer efectivo el convenio alcanzado en el concurso de acreedores de Vulcano, abierto y seguido en España, frente a Arrow II. En concreto: i) Vulcano fue declarada en concurso de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, con sede en Vigo; ii) en este procedimiento de insolvencia, a Arrow II se le reconoció un crédito ordinario de 7.952.427,83 euros y otro subordinado de 1.643.616,58 euros; iii) el 27 de marzo 2012, el juez que tramita el concurso de acreedores de Vulcano aprobó el convenio aceptado por la junta de acreedores, que contenía una quita del 80% para los créditos ordinarios y subordinados, así como un calendario de pagos.

Frente a la actitud renuente de Arrow II a sujetarse al contenido del convenio, pues mantiene una ejecución de sus créditos fuera de España, en Noruega, donde tiene embargados unos créditos de Vulcano, en la demanda se acumulan varias acciones: por una parte, se pide una declaración de que el efecto novatorio del convenio aprobado en el concurso de acreedores de

Vulcano afecta a los créditos de Arrow II, que quedan reducidos a 1.591.685,57 euros el ordinario y a 328.723,32 euros el subordinado; y, por otra, se piden una serie de pronunciamientos de condena para hacer efectiva esta novación de los créditos e impedir que el acreedor cobre más de lo debido, y en caso de hacerlo que lo reintegre a la masa del concurso.

En la medida en que estas acciones derivan directamente del concurso de acreedores de Vulcano, abierto en España, y guardan estrecha relación con él, la competencia internacional les corresponde a los tribunales españoles, en aplicación de la reseñada doctrina del Tribunal de Justicia de la UE.

4. De tal forma que, aunque sea en aplicación de una normativa distinta a la invocada por la sentencia recurrida, debemos ratificar la competencia judicial internacional del tribunal que dictó la sentencia recurrida y desestimar el motivo del recurso de infracción procesal.

Como no resultaba de aplicación la regla contenida en el art. 5.1.a) RCE 44/2001, es innecesario examinar la procedencia de plantear una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de lo que debe entenderse por "materia contractual".

TERCERO. Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación del motivo. El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC y denuncia la infracción del art. 33 del Convenio de Lugano en relación con el art. 222.1º LEC sobre cosa juzgada internacional.

Con este motivo se impugna la decisión contenida en la sentencia recurrida de no apreciar cosa juzgada internacional respecto de las resoluciones de los tribunales noruegos que denegaron el levantamiento de los embargos (utlegg) trabados por Arrow II sobre los créditos que Vulcano tenía frente a Armada Seismic Investment I y Armada Sismic Investment II. Según el recurrente, ahora se pretende lo mismo, el levantamiento de estos embargos (utlegg) como consecuencia del procedimiento de Vulcano, y esto ya ha sido resuelto por los tribunales noruegos, por sentencia firme.

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

2. Desestimación del motivo segundo. Para predicar el efecto de cosa juzgada material de una determinada resolución judicial, que en su vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y, conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto, es necesario que el objeto del proceso

sea idéntico (art. 222.1 LEC), además de que exista identidad de partes (art. 222.3 LEC).

En nuestro caso, sin perjuicio de que alguno de los pronunciamientos solicitados en la demanda guarde relación con lo pretendido en el pleito seguido ante los tribunales de Noruega, en concreto que se deje sin efecto la ejecución y el levantamiento de los embargos, el objeto litigioso no es enteramente coincidente y en la petición que coinciden, la causa petendi es distinta.

El pleito seguido ante los tribunales noruegos pretendía que se dejasen sin efecto los embargos (utlegg) acordados sobre derechos de crédito de Vulcano, en la ejecución del laudo arbitral instada en su día por Arrow II para hacer efectivo su crédito frente a Vulcano. Esta pretensión se basaba en el efecto que la apertura del procedimiento de insolvencia de Vulcano debía producir sobre las ejecuciones seguidas frente a la concursada (Vulcano). El tribunal de 1ª Instancia de Bergen, en su resolución de 15 de febrero 2012, desestimó esta pretensión, lo que fue ratificado por el Tribunal de Segunda Instancia en resolución de fecha 21 de agosto 2012 y por el Tribunal Supremo en resolución de fecha 24 de abril 2013.

Como acabamos de exponer en el fundamento jurídico anterior, en el presente pleito el objeto de la demanda es más amplio. Se pretende dar cumplimiento al efecto novatorio que respecto de los créditos de Arrow II genera la aprobación del convenio en el procedimiento de insolvencia de Vulcano. Para ello se pide que se declare la reducción del importe de los créditos de Arrow II y que se dicten una serie de pronunciamientos de condena, a Arrow II, que impida que este acreedor cobre más de lo que le corresponde conforme al convenio, y que, en caso de hacerlo, sea condenado a restituirlo.

Como se aprecia fácilmente, no existe una coincidencia del objeto litigioso. Es cierto que hay una pretensión, la relativa al levantamiento de los embargos (utlegg), en que aparentemente coinciden ambos pleitos. Pero incluso respecto de esta petición, la causa de pedir es distinta en uno y otro caso. En los pleitos seguidos ante los tribunales noruegos, la justificación del levantamiento de los embargos era el efecto legal de la paralización de ejecuciones como consecuencia de la apertura del procedimiento de insolvencia del deudor; mientras que en el presente caso el levantamiento de los embargos es una consecuencia del efecto novatorio que el convenio aprobado en el concurso de acreedores de Vulcano ha causado en los créditos de Arrow II, que los ha reducido a un 20%.

Por todo lo cual procede rechazar la existencia de cosa juzgada internacional, al no existir la identidad de objeto requerida por el art. 222.1 LEC.

CUARTO. Motivo primero del recurso de casación.

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la "infracción del art. 201 de la Ley Concursal, por su falta de aplicación al supuesto enjuiciado: los efectos del concurso sobre un derecho real que afecta a un activo de vulcano en Noruega deben ser determinados por la legislación noruega y no por la legislación española".

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

2. Desestimación del motivo primero. En el título IX de la Ley Concursal se contienen normas de Derecho internacional privado. El art. 201.1 LC dispone que los efectos del concurso sobre los derechos reales de un acreedor o de un tercero que recaigan sobre bienes o derechos del deudor que al tiempo de la declaración de concurso se encuentren en el territorio de otro Estado se regirán exclusivamente por la ley de este.

Conviene advertir que fue la propia Arrow II quien, al comunicar su crédito en el concurso de acreedores de Vulcano, omitió cualquier referencia a que sus créditos gozaran de una garantía real sobre derechos del concursado, a pesar de que para entonces ya había obtenido el despacho de ejecución en Noruega y se habían dictado los embargos (utlegg) sobre los créditos que Vulcano tenía frente a un tercero.

De hecho, los créditos de Arrow II no fueron reconocidos y clasificados con privilegio especial, sino como ordinario (7.952.427,83 euros) y subordinado (1.643.616,58 euros). Esta clasificación de los créditos no fue impugnada por Arrow II. Por eso, ambos créditos se ven afectados por el efecto novatorio de la quita del 80% acordada en el convenio aceptado por la junta de acreedores y aprobado por el juzgado, conforme a lo regulado en el art. 136 LC.

En este contexto, no cabe ahora invocar el art. 201 LC para eludir este efecto novatorio del convenio sobre los créditos de Arrow II, pues su conducta en el concurso de acreedores pone en evidencia que sus créditos no estaban garantizados con un derecho real. Conviene advertir que la sentencia recurrida no ordena el levantamiento de estos embargos (utlegg), sino que, como consecuencia del efecto novatorio del convenio concursal respecto de los créditos que eran objeto de ejecución, condena a la demandada (Arrow II) a que sea ella quien desista de la ejecución ante la oficina de embargos de Bergen y, consiguientemente, se alcen los embargos.

QUINTO. Motivo segundo del recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 140.4 LC por cuanto la estimación de la pretensión declarativa consistente en la sujeción de los créditos de Arrow II al convenio de acreedores y por tanto a las quitas y esperas en él contempladas vulnera el art. 140.4 LC, pues se fija al margen del concurso con carácter definitivo el importe del crédito sin tener en cuenta en su fallo el posible incumplimiento del convenio.

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

2. Desestimación del motivo. La sentencia ahora recurrida, cuando fija en su parte dispositiva que los créditos de Arrow II frente a Vulcano han quedado reducidos a 1.591.685,57 euros el crédito ordinario y a 328.723,32 euros el subordinado, como consecuencia de la aprobación del convenio en el concurso de acreedores de Vulcano, es correcta. Aplica correctamente el efecto previsto en el art. 136 LC y no contraría lo previsto en el art. 140 LC.

El art. 136 LC, sin condicionamiento alguno, prevé el efecto novatorio que las quitas y esperas aprobadas en el convenio concursal provoca respecto de todos los créditos concursales ordinarios y subordinados:

"Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio".

La norma prevé expresamente que los créditos ordinarios y subordinados se extinguirán en la parte a que alcance la quita, además de quedar aplazada su exigibilidad por el tiempo de espera.

Cuestión distinta es que el incumplimiento del convenio, previa declaración judicial de incumplimiento pudiera producir la resolución del convenio y que quedaran sin efecto los efectos novatorios de las quitas y esperas contenidas en el convenio. Así lo prevé el art. 140.4 LC:

"4. La declaración de incumplimiento del convenio supondrá la resolución de este y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136".

Pero la declaración del efecto novatorio del convenio respecto de los créditos ordinario y subordinado de Arrow II es conforme al art. 136 LC y no está sujeta a condición alguna. La eventualidad de que el convenio concursal pudiera resolverse por incumplimiento, como en el caso de la resolución de cualquier contrato por incumplimiento de una de las partes, no impide que mientras tal eventualidad del incumplimiento no

se dé, pueda instarse el cumplimiento del convenio y este resulte obligatorio frente a todos los acreedores vinculados legalmente.

SEXTO. Motivo tercero del recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la "infracción del art. 133.2 LC en relación con el art. 218 LC y el principio de la par condicio creditorum: la estimación de las dos pretensiones de condena ejercitadas por Vulcano se funda en normativa propia de los efectos del concurso que, con arreglo al art. 133.2 LC no resulta de aplicación por haberse aprobado el convenio de acreedores de Factorías Vulcano".

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

2. Desestimación del motivo. El motivo parte de un presupuesto erróneo e incurre en una petición de principio.

El recurso entiende que la sentencia ha acordado el levantamiento de las cargas y gravámenes que pesan sobre los bienes y derechos del concursado, sin que los preceptos aplicados (arts. 134, 136 y 218 LC) prevean esta consecuencia, por lo que en realidad se están aplicando los efectos que la declaración de concurso provoca sobre las ejecuciones y embargos. Con ello, a juicio del recurrente, se vulnera el art. 133.2 LC porque estos efectos se alzan con la aprobación del convenio.

Pero frente a este entendimiento hay que advertir que la sentencia recurrida no ordena el alzamiento de los embargos. Lo que acuerda es dar cumplimiento al convenio frente al acreedor renuente, que tiene abierta una ejecución en Noruega y se corre riesgo de que en ella cobre más de lo que le corresponde tras la novación de sus créditos con el convenio aprobado en el concurso de acreedores. Para ello, primero se declara a qué importes han quedado reducidos los créditos de Arrow II, para dejar claro que no debe pretender cobrar más de esas cantidades. Después, la sentencia condena a Arrow II a que, en consecuencia, con el efecto vinculante del convenio, que también establece unos aplazamientos en el pago de los créditos, deje sin efecto la ejecución seguida en Noruega y reintegre a la masa lo que hubiera cobrado con cargo a los bienes y derechos embargados a Vulcano. Este pronunciamiento de condena va dirigido contra el acreedor y pretende hacerle cumplir con el convenio. La sentencia no contiene ninguna orden de levantamiento del embargo dirigida a la oficina de ejecuciones que lo acordó y puede alzarlo».

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2013/2016] DE**

**10 DE MAYO DE 2019 [Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas]**

*Contrato de mediación para venta de vivienda con cláusula de exclusividad: no concurre desequilibrio entre las obligaciones de las partes cuando la mediadora se compromete a desarrollar una intensa actividad en orden a facilitar la venta de la vivienda y la propiedad se obliga a respetar la exclusiva y no vender por su cuenta, estableciendo una compensación económica para el caso de incumplimiento por la propiedad. En todo caso, el pacto de exclusividad no impide que el propietario venda la finca sin el apoyo profesional, pero deberá abonar la compensación pactada durante el período de vinculación contractual por el desarrollo de la actividad generadora de gastos y esfuerzo humano del mediador.*

«El demandante D. Victoriano formula demanda de procedimiento ordinario contra D. Carlos José, en reclamación de cobro de 10.000 euros por honorarios de contrato de mediación para la venta de una vivienda. El demandante giraba bajo el nombre comercial de "Inmobiliaria Mi Piso" y se pactó régimen de exclusividad. La duración del contrato era de seis meses que luego prorrogaron otros seis. El demandado le comunicó que había vendido el piso, a D. Claudio negándose a abonarle honorarios, pese a que este comprador había tomado conocimiento de la finca por las gestiones de la parte actora.

La parte demandada se opuso a la demanda.

La sentencia de primera instancia estima la nulidad de la cláusula de exclusividad.

Recurre en apelación la parte demandante y la sentencia de segunda instancia de fecha 27 de abril de 2016 estimó el recurso, declarando que: el demandado es consumidor y la condición profesional del demandante, siendo la sala consciente de que cláusulas como las del caso se están declarando nulas por abusivas y sin posibilidad de integración por constituir una limitación a la libertad de contratación, por algunas Audiencias Provinciales, no concuerda el criterio de esta Audiencia con esto, porque el inmueble se ha vendido y se reconoce la actuación de la demandante parte del propietario dentro del periodo de vigencia derivado de la prórroga tácita del contrato. La cláusula es habitual en este tipo de contratos y esta sala hace suya el criterio de diversas Audiencias de que no impide que el propietario venda su finca, sin apoyo del profesional, sino que incorpora una compensación a su favor, si lo hace en el periodo

de vinculación en el que se desarrolla una actividad generadora de gastos y esfuerzo.

Por lo que considera que no hay un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Se tiene por probado que la parte demandada perfeccionó el contrato de compraventa y que el demandado se benefició de forma directa y concluyente de la gestión de la actora para conocer al comprador (internet, observación del cartel en la finca, e información por correos electrónicos y teléfonos con visitas a la finca).

La parte demandada formula RECURSO DE CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL.

EL RECURSO DE CASACIÓN se desarrolla en un motivo único, aunque se denomina como "primero":

Por infracción del art. 80 y apartado 6 del art. 85 del RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, que aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en relación con los arts. 1152 y 1281 CC por aplicación indebida. Considera que debe declararse la nulidad por abusiva de la Estipulación 5.ª, del contrato de mediación entre las partes.

Justifica el interés casacional con cita de:

Por un lado, las que entienden que no procede la nulidad. Cita la recurrida, la de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 31 de marzo de 2014, y 25 de marzo de 2010, y la de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 12 de diciembre de 2012.

Y por otro lado las que han considerado que las cláusulas de exclusividad, si interviene un consumidor deben declararse nulas: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.ª, de 23 de septiembre de 2009, Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 29 de julio de 2011, Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 25 de junio de 2013 y Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 7 de noviembre de 2012.

En cuanto al RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL:

Se alega error patente y arbitrariedad en la valoración realizada, citando el derecho de tutela judicial efectiva, en cuanto a la recepción por el comprador de correos electrónicos remitidos por la actora porque se demostró que la cuenta de correo electrónico dejó de estar operativa por lo que era imposible el conocimiento alguno del inmueble, por ese medio.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO. -Motivo único. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega, como motivo del

presente recurso extraordinario de infracción procesal, la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporta una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como han establecido la Sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero del Tribunal Supremo.

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se declara probado que, gracias a la gestión de la demandante, el comprador conoció que el piso estaba en venta, en concreto, a través de los carteles puestos en la vivienda, habiéndosele remitido correos electrónicos a una dirección que si bien no estaba operativa, era la facilitada, todo lo cual constituye una valoración probatoria razonable y ponderada, en la que no concurre el error notorio que mantiene la parte recurrente (art.º 24 de la Constitución).

#### RECURSO DE CASACIÓN

TERCERO. -Motivo único. Infracción de lo dispuesto en el artículo 80 y el apartado 6 del artículo 85 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios en relación con lo previsto en los artículos 1.152 y 1.281 del Código Civil, por aplicación indebida; con necesidad de unificación por el Tribunal Supremo de la interpretación de las normas que se consideran infringidas por existir jurisprudencia contradictoria de la Audiencias Provinciales, representada por la contenida en la sentencia que se recurre y en las sentencias de fecha 25/03/2010 y 31/03/2014 de la Audiencia Provincial de Las Palmas y de 12 de diciembre de 2012 de la audiencia Provincial de Baleares, frente a las sentencias de fecha 23/09/2009 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) de 25/06/2013 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1ª) o 07/11/2012 de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª).

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se declaró:

"Ha de afirmarse que el supuesto de hecho de la estipulación se ha cumplido: el inmueble se ha vendido, y se reconoce, por la actuación aparente del propietario dentro del periodo de vigencia contractual derivado de la prórroga tácita del contrato. La consecuencia jurídica integra la cláusula penal (art. 1152 CC), en cuanto que la pena -los honorarios pactados- sustituye a la indemnización de los daños y perjuicios; más bien, los daños y perjuicios se liquidan previamente. No es posible, de antemano se advierte, una moderación de la pena: el supuesto de hecho que el pacto contempla ha sido el que sirvió para fijar la

pena. No puede hablarse, en consecuencia, de un cumplimiento parcial o irregular (art. 1154 CC).

"La cláusula es habitual en contratos de la naturaleza de los que se presenta y no presenta infracción de las exigencias previstas, respecto de las cláusulas no negociadas individualmente, en el art. 80 TRLGDCU. Y al respecto de la existencia y exigencia de esta cláusula penal, la doctrina mayoritaria de nuestros tribunales (representada, a título ejemplo, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 27 de noviembre de 2009, Las Palmas de 25 de marzo de 2010 o de 31 de marzo de 2014 o de Baleares de 12 de diciembre de 2012), que esta Sala hace suya, entiende que dicha estipulación no impide que el propietario venda su finca sin el apoyo del profesional, sino que incorpora una compensación en su favor si lo hace durante el periodo de vinculación contractual en el que ha desarrollado una actividad generadora de gastos y esfuerzo humano. Se considera que no existe un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes cuando se incorpora tal pacto de exclusividad durante un periodo de tiempo determinado en compensación con la dedicación por el agente o corredor de una estructura empresarial y de unos medios humanos y materiales que se ponen al servicio del comitente para cumplir con su encargo. En consecuencia, la estipulación no es contraria a las exigencias de concreción, claridad y sencillez en su redacción, es accesible y legible, de un lado, al tiempo, del otro, que no se aprecia el motivo o motivos que permitan hacer pensar que, en el devenir contractual, la parte actora no se ha ajustado al programa del acuerdo. La compensación pactada se estima exigible en caso de incumplimiento de la misma por la quiebra del principio de buena fe contractual que ha de regir las relaciones entre las partes y que se justifica tanto por el evidente perjuicio que le ocasiona al corredor la venta a un tercero por las ganancias dejadas de obtener en concepto de honorarios, como por la falta de compensación de los gastos de inversión y de medios desplegados para el cumplimiento del encargo, todo lo cual, añadido al hecho de que el consumidor es libre de acudir a otro intermediario que no contrate bajo el régimen de exclusiva, impide apreciar la presencia de un perjuicio desproporcionado o no equitativo o generador de un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes".

Aún no declarada la cláusula como abusiva en la sentencia de apelación se declaraba, a mayor abundamiento que:

"No cuestionada la realidad de la perfección contrato en virtud del contrato privado que, al parecer -porque

no se ha aportado-, tuvo lugar en el mes de septiembre de 2013 (así es deducible de la comunicación del demandado de 16 de septiembre, folio 49), consumado en todo caso por la entrega de la cosa y el precio por virtud de la escritura pública de compra de 11 de octubre de 2013 (folios 101-118), tres circunstancias se presenta indubitadas que a la luz del juego de la presunciones -habitual en procedimientos de esta naturaleza en la que es escaso el rastro documental- permiten confirmar la tesis actora en orden a que el demandado se benefició de forma directa y concluyente de la gestión de la actora para conocer al comprador y concluir el contrato: de un lado, admite el demandado que el actor, a través de su agencia, publicó la venta de su piso en internet a través de una ficha verdaderamente ilustrativa (el propio demandado la aporta al folio 88); del otro, reconoce también en la contestación que el comprador observó en agosto de 2013 el cartel de venta instalado en la vivienda (el mismo cartel que consta en la fotografía aportada con la anterior ficha) colocado por la agencia del actor, a pesar de lo cual, según afirma, no acudió a visitarle, sino a contactar directamente con el vendedor, hoy demandado, tras indicarle su hermano quién era el titular de la vivienda; y, en fin, sorprende que si se niega abiertamente cualquier clase de crédito por honorarios a favor del actor, el propio demandado en su correo electrónico de 19 de agosto de 2013 le reconozca su buen trabajo y la oportunidad de facturarle, según su crédito y conveniencia, 500 euros más IVA por las cuatro visitas realizadas".

CUARTO. -Contrato de encargo de venta en exclusiva. En el contrato firmado por las partes el 9 de octubre de 2012 constan como cláusulas 1 a 5 las siguientes: "ENCARGO DE VENTA EN EXCLUSIVA E INSERCIÓN DE OFERTA EN REDES MLS (...)"  
Al objeto de proceder a la promoción y venta de la propiedad inmobiliaria situada en la calle BARRIO000 Nº NUM003 Piso Esc/Letra de Argoños Provincia de Cantabria

"1.-Esta autorización faculta a comercializar la propiedad de referencia, a la empresa INMOBILIARIA MI PISO y a las empresas con las que mantiene acuerdos de colaboración para la venta de propiedades a través de redes "M.L.S's" (Multiple Listing Service), así como la inclusión y la publicación de las características y fotografías de la propiedad en Internet, dentro de las Webs de las redes MLS's, de la web corporativa de INMOBILIARIA MI PISO y en aquellos portales inmobiliarios con los cuales las redes MLS y INMOBILIARIA MI PISO, tengan acuerdos de colaboración.

"2.-La gestión de venta del citado inmueble se encomienda en exclusiva a INMOBILIARIA MI PISO durante un periodo de 6 meses, a partir de la fecha del presente documento, prorrogables tácitamente por periodos de igual duración, si no mediase renuncia expresa por alguna de las dos partes con 15 días de antelación.

"3.-El precio fijado por la propiedad para la venta del inmueble se establece de 250.000 €.

"4.-Los honorarios de INMOBILIARIA MI PISO por el asesoramiento, mediación y gestión de venta del referido inmueble se establecen en un cuatro por ciento (4 %) del precio de venta, más IVA, con un mínimo de 6.000 € más IVA, que serán devengados en el momento de la formalización del contrato privado de compraventa si lo hubiere, o en su defecto en el momento del otorgamiento de la escritura de compraventa.

"5.-La propiedad se compromete a partir de la firma del presente documento, a no vender por su cuenta o por mediación de un tercero, hasta la finalización del plazo convenido. Si el propietario incumpliese esa condición, la propiedad habrá de abonar a INMOBILIARIA MI PISO los honorarios pactados en concepto de compensación por los gastos y perjuicios ocasionados.

"6.-La propiedad autoriza expresamente a INMOBILIARIA MI PISO a firmar, en su nombre y representación, documentos de reserva, arras, o cualesquiera otros necesarios para el buen fin de la venta encargada y a percibir y retener cantidades a cuenta, por un máximo del 10 % del precio de la venta, hasta la firma de la escritura pública de compraventa.

"7.-En caso de que los clientes de INMOBILIARIA MI PISO que hayan visitado el inmueble objeto de venta durante la vigencia del mandato, lo compren una vez caducada la exclusiva, la propiedad abonará a INMOBILIARIA MI PISO los honorarios pactados.

"8.-En el momento de otorgarse la escritura pública de compraventa, la propiedad entregará la finca objeto de venta, libre de cargas y gravámenes y al corriente de cualquier gasto o tributo que afecte a la misma.

"Firmado en Argoños, a 9 de octubre 2012.

"LA PROPIEDAD INMOBILIARIA MI PISO"

QUINTO. -Decisión de la sala sobre la pretensión de abusividad.

De acuerdo con el art. 80 del RD Legislativo 1/2007 la redacción del contrato es clara y comprensible, con términos sencillos que establecen un justo equilibrio entre las obligaciones de las partes, de forma que la mediadora se comprometía a desarrollar una intensa actividad en orden a facilitar la venta de la vivienda, mientras que la propiedad se obligaba a respetar la

exclusiva durante seis meses, incluso a no vender por su cuenta, estableciendo una compensación económica para el caso de incumplimiento por la propiedad.

Esta sala no ha proscrito la posibilidad de pactar la exclusiva en los contratos de mediación o corretaje (Sentencias 311/2008 de 7 de mayo, 654/1994 de 4 de julio, 860/2011 de 10 de enero, 965/2011 de 28 de diciembre y 448/2014 de 30 de julio).

En concreto en la sentencia 860/2011 de 10 de enero se declaró:

"Como precisa la sentencia 311/2008, de 7 mayo, y acabamos de indicar, para reconocer al mediador el derecho a la remuneración es preciso que el negocio promovido haya sido resultado de su actividad, pero ello no impide que los contratantes, en el ejercicio de la libertad de autorregulación que les reconoce el artículo 1.255 del Código Civil, pacten una exclusiva de doble vinculación subjetiva e, incluso, que el mediador tenga derecho a la remuneración en el caso de ventas convenidas a iniciativa del comitente".

Por su parte el art. 85.6 del mismo texto legal establece la abusividad de "Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones".

Analizado el contrato, se aprecia que, en caso de incumplimiento de la exclusiva por la propiedad, se vería abocada a pagar una compensación similar a los honorarios pactados, que era el 4% del precio de venta.

En la sentencia recurrida no se considera desproporcionada la indemnización pactada dado que el acuerdo parte de un encargo con obligación por parte del mediador de desarrollar amplios medios de publicidad, unido a que la exclusiva pudo haber sido obviada contratando con otro intermediario, y en base a los perjuicios que se causan al mediador por la venta a un tercero con quiebra de la buena fe contractual, cuando el mediador ha puesto su estructura empresarial, con medios materiales y humanos al servicio del comitente, por lo que el desequilibrio es inexistente.

Igualmente, en la sentencia recurrida se "entiende que dicha estipulación no impide que el propietario venda su finca sin el apoyo profesional", pero deberá abonar la compensación pactada durante el período de vinculación contractual por el desarrollo de la actividad generadora de gastos y esfuerzo humano del mediador.

Esta interpretación desarrollada en la sentencia recurrida es ajustada a derecho y ponderada, por lo que no puede apreciarse desequilibrio entre las

obligaciones de las partes ni la existencia de una indemnización desproporcionada, máxime cuando se benefició de la actuación del mediador, como se declara probado en la sentencia recurrida».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1657/2016] DE 17 DE MAYO DE 2019 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

*Obligaciones con cláusula penal: moderación de la pena. La facultad moderadora de la pena atribuida al juez queda condicionada a la concurrencia del supuesto previsto en la norma, esto es, que la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, sin que sea posible la moderación de la pena cuando la misma hubiera sido prevista, específicamente, para sancionar el incumplimiento producido. No obstante, la posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a límites, de modo que, pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. En este sentido, resultan desproporcionadas las cláusulas penales "opresivas", intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado, las "usurarias", aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, y aquellas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla. Para estas cláusulas se ha de admitir la reducción judicial conservadora de su validez. Ahora bien, la carga de alegar y de probar (si no es evidente) que la penalidad era, desde la perspectiva ex ante, considerada extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada en los términos pactados.*

«El 9 de julio de 2010, la entidad GCS Seguretats S.L., empresa dedicada a la prestación de servicios de información, custodia, comprobación y control del estado y funcionamiento de instalaciones, suscribió un contrato de servicios con la entidad Fast Ingeniería S.L.

2. En lo que aquí interesa, el pacto primero del referido contrato establecía el inicio del mismo desde la fecha de su suscripción, con una duración de 6 meses, y la prórroga automática del contrato, por periodos iguales, salvo preaviso de alguna de las partes con 90 días de antelación respecto del final de cada período de vigencia. Por su parte el pacto décimo del contrato establecía que, para el caso de cancelación anticipada por parte de la empresa contratante de los servicios, sin respetar los períodos y términos establecidos, se aplicaría una sanción concretada en la cantidad resultante de multiplicar la media de horas mensuales del último año por seis.

3. Tras casi dos años de relación contractual, y con una prórroga en vigor que vencía el 9 de julio de 2012, Fast Ingeniería S.L. dio por resuelto el contrato de forma unilateral el 23 de abril de 2012, esto es, cuando faltaban 77 días para la finalización del contrato.

4. En este contexto, GCS Seguretat S.L. formuló una demanda contra Fast Ingeniería S.L. con base en el incumplimiento contractual respecto del plazo del preaviso y, conforme a la cláusula penal prevista, reclamó una indemnización de 22.179,56 €.

La demandada se allanó respecto del pago de la cantidad de 8.082,54 €, e interesó la moderación de la pena.

5. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Consideró, tras declarar incumplido el plazo de preaviso, que la cláusula penal podía ser objeto de moderación (art. 1154 CC) cuando su aplicación estricta determinase un resultado escasamente equitativo. Por lo que, en atención a que la demandante no había aportado ningún informe pericial o documento contable que justificase su reclamación respecto de las ganancias dejadas de obtener por la resolución ejercitada, consideró que procedía la moderación de la pena prevista en la cantidad de 13.439 €, como cantidad equidistante entre la reclamada y la ofrecida por la demandada.

6. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, e impugnación de la sentencia por la parte demandada, la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso de apelación y estimó en parte la impugnación de la demandada. En síntesis, consideró aplicable la moderación de la cláusula penal en el presente caso. En lo que aquí interesa declaró:

"[...]En materia de criterios de moderación ha de tenerse en cuenta que al no cumplir la demandada con el plazo de preaviso el 2011 el contrato se prorrogó automáticamente hasta el 9 de julio de 2012, y no consta notificación de extinción unilateral hasta el 17 de abril de 2012. Con efectos desde el 24 de abril de 2012, por lo que teniendo en cuenta que la

previsión para la reorganización de la empresa prestadora de los servicios es de 90 días que es un plazo que se acerca al periodo de tiempo en el que vence la prórroga de enero de 2012, así como la ausencia de prestación de los servicios desde que el contrato se extingue se pondera la cuantía de la cláusula penal en la suma de 9.398,12 euros equivalente a la media de las facturas del término de preaviso (semejante criterio de moderación en sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de octubre de 2003 que cita la del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1996)".

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

SEGUNDO. -Cláusula penal. Incumplimiento del pacto de preaviso previsto en la cláusula penal. Improcedencia de la moderación de la cláusula penal (art. 1154 CC). Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La demandante, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo la recurrente denuncia la infracción del art. 1154 CC en relación con los arts. 1152 y 1153 del mismo texto legal, así como de la doctrina jurisprudencial de esta sala acerca de la moderación de la cláusula penal, con cita de las SSTS 89/2014, de 21 de febrero; 149/2014, de 10 de marzo y 76/2016, de 18 de febrero.

En el desarrollo del motivo la recurrente argumenta que la moderación de la cláusula penal no opera en aquellos casos en los que se cumple el supuesto de hecho recogido en la cláusula penal.

2. El motivo debe ser estimado. 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 que la referida moderación 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 dicha moderación de la pena cuando la misma hubiera sido prevista para sancionar, específicamente, el incumplimiento producido (entre otras, SSTS 708/2014, de 4 de diciembre; 710/2014, de 3 de diciembre y 366/2015, de 18 de junio).

Además, esta sala en su sentencia 530/2016, de 13 de septiembre, tiene declarado lo siguiente:

"[...] No obstante, es claro para esta sala que dicha posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1255 CC establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que,

al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No sólo las cláusulas penales "opresivas", intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado [como en el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (Rec. 1440/2010)], o las "usurarias", aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Un ordenamiento jurídico que contiene una prohibición como la del artículo 1859 CC no puede no tener límite alguno de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de estipular penas privadas.

"Para ese último tipo de cláusulas, con penalidades desproporcionadas en el sentido descrito, esta sala expresa su disposición a admitir la reducción judicial conservadora de su validez; que, como es evidente, ninguna relación tiene con lo dispuesto en el artículo 1154 CC, por lo que no se opone a nuestra actual jurisprudencia sobre en qué casos cabe, y en cuáles no, la moderación judicial de la pena que dicha norma contempla.

"Naturalmente, la carga de alegar y de probar (si no es evidente) que la penalidad era, desde la perspectiva ex ante considerada, extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada en los términos pactados (art. 217.3 LEC)".

En el presente caso, la demandada no alega, ni prueba, que la penalidad establecida fuese extraordinariamente excesiva, sino que se ha limitado a señalar que advirtió a la demandante de su intención de resolver el contrato, pero que por desconocimiento del tenor del mismo no lo hizo de un modo fehaciente, o a plantear cuestiones de índole interpretativa acerca de la referida cláusula.

3. En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, procede estimar el recurso de casación y casar la sentencia recurrida, y al asumir la instancia, estimar el recurso de apelación de la demandante y desestimar la impugnación interpuesta por la demandada, así como revocar la sentencia de primera instancia para estimar la demanda».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3439/2016] DE 17 DE MAYO DE 2019 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

*Responsabilidad civil del transportista aéreo. La Ley de Navegación Aérea solo regula actualmente el transporte aéreo de mercancías de carácter nacional; en el ámbito internacional resulta aplicable el Convenio de Montreal, que no establece dos indemnizaciones distintas para un mismo daño, sino dos regímenes distintos, uno para el tramo de la indemnización inferior a los 100.000 derechos especiales de giro (DEG) y otro para el que supere esa cifra. En el primer tramo se trata de una responsabilidad que ha venido en llamarse "cuasiobjetiva", pues la única causa de exoneración del transportista aéreo es que el daño haya sido causado por la propia víctima, y en el segundo tramo es una responsabilidad que ha sido denominada como "subjética objetivizada", pues solo puede exonerarse si prueba que el daño no se debió a una conducta negligente o indebida del transportista, sus dependientes o agentes o que se debió únicamente a la conducta indebida de un tercero.- La fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales solo puede tener acceso a casación cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. Que el Convenio de Montreal no establezca límites máximos a la indemnización de los daños personales causados en accidentes de aviación no supone que pueda pretenderse cualquier indemnización, por más elevada que sea su cuantía. En este sentido, ante la inexistencia de normas de valoración de los daños personales causados en accidentes de aviación, el Tribunal considera más adecuada una indemnización en cuya fijación tenga una función orientativa el baremo legal existente para los daños personales causados en accidentes de vehículos de motor.*

«El 20 de agosto de 2008, hacia las 14:23 horas, se produjo un accidente de aviación en el aeropuerto de Barajas. Cuando estaba iniciando la maniobra de despegue, el avión MD82 matrícula (...), de la compañía Spanair, que realizaba el vuelo NUM000 de Madrid a Las Palmas de Gran Canaria, cayó al suelo y explotó. En el siniestro fallecieron ciento cincuenta y cuatro personas y resultaron heridas otras dieciocho.

Entre los fallecidos se encontraba D. Victoriano, un joven de veintiún años, hijo y hermano, respectivamente, de los demandantes.

Sin perjuicio de otras posibles concausas, el accidente se produjo como consecuencia de la inadecuada configuración de la aeronave para realizar esa maniobra, imputable al piloto y copiloto de la misma.

2.-La responsabilidad civil del transportista aéreo por los daños que pudieran sufrir los pasajeros de la aeronave siniestrada estaba asegurada por la compañía Mapfre Global Risks Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros S.A. (en lo sucesivo, Mapfre) en una póliza que cubría también los daños sufridos por la aeronave y la responsabilidad frente a terceros. La responsabilidad del asegurador, frente a terceros y frente a pasajeros, tenía un límite de mil quinientos millones de dólares USA por acaecimiento y aeronave.

3.-D. Darío, D.ª Felicísima, padres del fallecido, y D.ª Fidela, hermana del fallecido, interpusieron una demanda contra Mapfre, aseguradora de la responsabilidad civil de la aeronave siniestrada, en la que ejercitaron la acción directa prevista en el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro y le reclamaron las siguientes cantidades:

i) 235.632 euros "por responsabilidad objetiva", resultado de descontar los 25.000 euros previamente recibidos a cuenta de los 250.000 derechos especiales de giro (en lo sucesivo, DEG), que debían abonarse conjuntamente a los tres demandantes.

ii) Un millón de euros para cada uno de los padres y 500.000 euros para la hermana "por responsabilidad subjetiva o culpa grave de los pilotos empleados de Spanair".

iii) Las indemnizaciones habrían de incrementarse con los intereses del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro.

4.-Mapfre se opuso a la demanda. Planteó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la empresa fabricante del avión y alegó que el accidente no fue imputable a los pilotos. Asimismo, en lo que aquí interesa, por ser relevante para el recurso de casación, consideró que las indemnizaciones debían ser fijadas conforme al baremo aplicable a la indemnización de los daños personales causados en accidentes de tráfico rodado, indicando que había ofrecido a los perjudicados indemnizaciones calculadas conforme al baremo,

actualizadas a las cuantías del año 2013 e incrementadas en un 20% "en atención a las trágicas circunstancias de este accidente y teniendo en cuenta el plus de seguridad que esperan los usuarios de este tipo de transportes". Y se opuso a que las indemnizaciones devengaran el interés previsto en el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

5.-El Juzgado Mercantil estimó en parte la demanda. En su sentencia, declaró que no puede operar la exención de responsabilidad consistente en que el accidente se debió exclusivamente a la actuación de un tercero, pues la conducta de la tripulación del avión siniestrado fue gravemente negligente. Asimismo, consideró que el baremo aplicable a la indemnización de los daños personales en accidentes de circulación solo puede tener valor orientativo en la indemnización de los causados en un siniestro aéreo, por lo que debe adaptarse a las circunstancias concurrentes, por las diferencias significativas que existen entre unos y otros accidentes. Fijó a favor de los padres una indemnización de 74.495,36 euros para cada uno de ellos, resultante de aplicar la cuantía prevista para el fallecimiento de un hijo en un caso como el de la demanda, aplicando la cuantía del baremo (en aquel momento, el anterior a la reforma operada por la Ley 35/2015) actualizada al año 2014 e incrementada en un 50%. Y respecto de la hermana, aunque conforme al citado baremo no tendría la condición de perjudicada, consideró que sí lo era pues convivía con el fallecido en el domicilio familiar y no tiene más hermanos, por lo que le concedió una indemnización de 20.000 euros. Condenó a Mapfre al pago de tales indemnizaciones y de los intereses del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro respecto de las indemnizaciones acordadas a favor de los padres, teniendo en cuenta el pago del anticipo de 25.000 euros. Acordó asimismo que la indemnización acordada en favor de la hermana no devengara ese interés porque la falta de consignación de su indemnización estaba justificada pues no tenía la condición de perjudicada conforme al baremo citado.

6.-La sentencia del Juzgado Mercantil fue apelada por ambas partes.

Los demandantes impugnaron que no se les hubiera concedido una primera indemnización de 250.000 DEG por "responsabilidad objetiva" al amparo del Reglamento (CE) 785/2004, por considerarla compatible con una indemnización por "responsabilidad subjetiva o por culpa grave"; alegaron también que la sentencia del Juzgado

Mercantil incurría en incongruencia interna y en arbitrariedad al conceder una indemnización muy baja por la "responsabilidad subjetiva"; y rechazaron que se hubiera acudido al baremo utilizado en los accidentes de circulación como criterio orientador.

El recurso de Mapfre impugnó la sentencia del Juzgado Mercantil exclusivamente en los siguientes extremos:

i) Improcedencia de otorgar la indemnización a la hermana del fallecido, que carece de la condición de perjudicada pues no se reconoce como tal en el baremo utilizado en los accidentes de circulación, al ser mayor de edad y existir ascendientes vivos.

ii) El incremento de las indemnizaciones en un 50% sobre los valores que resultan de la aplicación del baremo es excesivo, puesto que la jurisprudencia no impone incrementos superiores a un 30% salvo que concurren "elementos delictivos y dolosos".

iii) La imposición de los intereses del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro es improcedente porque está probada la consignación de la indemnización en favor de los demandantes y Mapfre ha observado una conducta diligente.

Otros aspectos de los pronunciamientos condenatorios de la sentencia del Juzgado Mercantil, tales como la utilización de las cuantías del baremo correspondientes a un ejercicio posterior al del accidente, no fueron objeto del recurso de apelación interpuesto por Mapfre.

7.-La sentencia de la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de los demandantes y desestimó el de Mapfre. No aceptó que pudiera indemnizarse doblemente el mismo daño, como pretendían los demandantes, pero rechazó que la indemnización se fijara utilizando como criterio orientador el "baremo del automóvil" y consideró que los 250.000 DEG que el Reglamento n.º 785/2004 como importe mínimo del aseguramiento obligatorio era un criterio "más próximo y valioso para resolver la cuestión" pues "es un baremo legal y su aplicación es obligatoria y no un mero criterio de interpretación legal como constituye el Baremo del automóvil cuando se pretende que sea aplicado fuera de su ámbito estricto y objetivo de aplicación". De esa cantidad, correspondían dos quintas partes a cada progenitor y una quinta parte a la hermana, cuya condición de perjudicada reconocían. Por último, declaró que procedía el devengo de los intereses del art. 20 de la Ley del

Contrato de Seguro, también respecto de la indemnización declarada a favor de la hermana del fallecido.

8.-La sentencia de la Audiencia Provincial ha sido recurrida por ambas partes. Los demandantes han interpuesto un recurso de casación que basan en dos motivos. Mapfre ha interpuesto un recurso de casación que basa en cuatro motivos.

9.-Por razones de orden lógico, los motivos se resolverán agrupando algunos de ellos y en el siguiente orden:

i) En primer lugar se resolverá el segundo motivo del recurso de casación de los demandantes, para decidir si además de una indemnización por la "responsabilidad subjetiva" del transportista aéreo ha de fijarse una indemnización por "responsabilidad objetiva" prefijada por la normativa aplicable en 250.000 DEG.

ii) En segundo lugar se resolverán, agrupadamente, los motivos primero del recurso de casación de los demandantes y primero y segundo de la demandada, en los que las infracciones legales denunciadas afectan a las bases con arreglo a las cuales procede fijar la indemnización.

iii) En tercer lugar, se resolverá el motivo tercero relativo a la inaplicabilidad del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro. (...)

SEGUNDO. -Formulación del segundo motivo del recurso de casación de los demandantes

1.-El motivo tiene este encabezamiento:

"Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Vulneración de los artículos 117 y 120 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación aérea, al rechazar la resolución impugnada que se indemnice a mis mandantes con otros 235.632,50 euros en concepto de responsabilidad objetiva, a sumar a la indemnización ya concedida por responsabilidad subjetiva".

2.-En el desarrollo del motivo, los recurrentes impugnan que la sentencia de la Audiencia Provincial haya aunado la indemnización por responsabilidad objetiva, limitada a un máximo de 250.000 DEG, y la indemnización por responsabilidad subjetiva o culpa grave de los empleados de la aerolínea, con lo que ha

descartado conceder las dos indemnizaciones acumulativas solicitadas en la demanda. Alegan que la Audiencia Provincial ha vulnerado los arts. 117 y 120 de la Ley de Navegación Aérea, en los que hallaría acomodo la indemnización por responsabilidad objetiva, que debería añadirse a la indemnización por responsabilidad subjetiva.

TERCERO. -Decisión del tribunal: régimen de la responsabilidad civil de las compañías aéreas comunitarias en caso de accidente de aviación en un vuelo interno. Inexistencia de dos indemnizaciones acumulables por un mismo daño

1.-La responsabilidad civil de la compañía Spanair por el fallecimiento y las lesiones sufridas por los pasajeros del vuelo siniestrado, cubierta por el seguro concertado con Mapfre, estaba regulada por el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (en adelante, CM) y por el Reglamento (CE) n.º 2027/1997 del Consejo de 9 de octubre de 1997, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje.

El Reglamento (CE) n.º 2027/1997, tras la modificación operada por el Reglamento (CE) n.º 889/2002, hace extensiva la aplicación de las disposiciones del Convenio de Montreal "al transporte aéreo en el interior de un Estado miembro" (art. 1) y a la regulación de la responsabilidad de las compañías aéreas comunitarias en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje (art. 3.1). Este Reglamento (CE) n.º 2027/1997 desarrolla también alguno de los preceptos del CM, como es el caso de los pagos adelantados a que hace referencia el art. 28 CM, que el Reglamento (CE) n.º 2027/1997, reformado también en este punto por el Reglamento (CE) n.º 889/2002, regula en su art. 5.

2.-Por tanto, cuando sucedió el accidente, la Ley de Navegación Aérea, cuya infracción se denuncia al formular el motivo del recurso, no era aplicable a la responsabilidad del transportista aéreo por los daños personales producidos a los pasajeros en un accidente de aviación. Esta ley solo regula actualmente el transporte aéreo de mercancías de carácter nacional.

3.-La responsabilidad del transportista por la muerte o las lesiones de los pasajeros está regulada en los arts. 17 y siguientes CM, que configuran un sistema que se ha denominado "de doble estrato". En estos preceptos, concretamente en los arts. 17, 20 y 21 CM,

se establece un régimen de responsabilidad cuasiobjetiva para el daño cuya valoración no exceda, en la fecha en que tuvo lugar el accidente, los 100.000 derechos especiales de giro (DEG) por pasajero. Hasta ese importe, el transportista solo puede exonerarse si prueba que la negligencia u otra acción u omisión indebida de la persona que pide indemnización, o de la persona de la que proviene su derecho, causó el daño o contribuyó a él. En cambio, el transportista puede exonerarse de indemnizar por encima de los 100.000 DEG si prueba que el daño no se debió a la negligencia o a otra acción u omisión indebida del transportista o sus dependientes o agentes o si prueba que el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero.

4.-De lo expuesto se deduce que, como acertadamente resuelve la sentencia recurrida, el Convenio de Montreal no establece dos indemnizaciones distintas para un mismo daño. Lo que establece son regímenes distintos para el tramo de la indemnización inferior a los 100.000 DEG y para el que supere esa cifra. En el primer tramo se trata de una responsabilidad que ha venido en llamarse "cuasiobjetiva", pues la única causa de exoneración del transportista aéreo es que el daño haya sido causado por la propia víctima, y en el segundo tramo es una responsabilidad que ha sido denominada como "subjetiva objetivizada", pues solo puede exonerarse si prueba que el daño no se debió a una conducta negligente o indebida del transportista, sus dependientes o agentes o que se debió únicamente a la conducta indebida de un tercero.

5.-Además, ese límite de 100.000 DEG no significa que la indemnización haya de alcanzar, salvo culpa exclusiva de la víctima, esa cuantía, puesto que la cuantía de la indemnización habrá de responder a la importancia del daño causado por el accidente aéreo y puede ser, por tanto, inferior a esa cifra.

6.-Tampoco es correcta la alegación de los recurrentes en el sentido de que el art. 6 del Reglamento n.º 785/2004, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos, haya elevado hasta 250.000 DEG el límite de 100.000 DEG establecido en el art. 21 CM, a que hemos hecho referencia. 250.000 DEG es la cifra que dicho precepto establece como importe de la cobertura mínima, por pasajero, del seguro exigido al transportista aéreo por el art. 7 del Reglamento (CEE) n.º 2407/92 y constituye una concreción de la previsión que contiene el art. 3.2

del Reglamento n.º 2027/97 respecto de que "las compañías aéreas comunitarias deberán estar aseguradas hasta un nivel adecuado para garantizar que todas las personas con derecho a indemnización reciban el importe íntegro a que tienen derecho conforme al presente Reglamento".

7.-Como consecuencia de lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO. -Formulación del primer motivo del recurso de casación de los demandantes y de los dos primeros motivos del recurso de casación de la demandada

1.-El primer motivo del recurso de casación de los demandantes se encabeza con este epígrafe:

"Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Vulneración del artículo 1.902 del Código Civil y del principio de total indemnidad que preside el Instituto de la responsabilidad civil extracontractual, así como el principio de equidad. Arbitrariedad y notoria desproporción de la indemnización concedida".

2.-En el desarrollo del motivo, resumidamente, los demandantes muestran su conformidad con la decisión de la Audiencia Provincial de no utilizar el baremo de tráfico como base para calcular la indemnización, pero consideran que existe una desproporción entre las circunstancias del siniestro y la indemnización concedida, por lo que la cuantía fijada en la sentencia es insuficiente, atendidas las circunstancias concurrentes, tales como la cuantía excepcional hasta la que estaba asegurada la responsabilidad civil del transportista, el carácter ilimitado de la indemnización en el CM, la cuantía de las indemnizaciones que se conceden en otros ordenamientos jurídicos y el carácter irreparable del daño causado por el fallecimiento del hijo y hermano, respectivamente, de los demandantes.

3.-El encabezamiento del primer motivo del recurso de casación de Mapfre es el siguiente:

"La sentencia recurrida infringe el artículo 6.1 del Reglamento CE n.º 785/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos [...] porque realiza una interpretación arbitraria, irrazonable e ilógica del precepto, contraria a su nítido tenor literal y al espíritu del mismo".

4.-En el desarrollo del motivo, muy sintéticamente, la recurrente impugna que la Audiencia Provincial haya confundido el límite de la cobertura mínima del seguro que establece el precepto citado con una norma destinada a fijar, siquiera orientativamente, el importe de la indemnización. El Reglamento n.º 785/2004 no persigue cuantificación alguna del daño de cada víctima, sino imponer una cobertura aseguradora mínima para realizar una actividad de riesgo como es la del operador aéreo en la que la indemnización de los daños que pueda causar tal actividad de riesgo quede suficientemente garantizada. El daño personal debe ser valorado en cada Estado miembro conforme a sus propias normas de valoración de daños al no existir normas comunitarias que contengan un sistema de valoración.

5.-El segundo motivo del recurso de Mapfre se encabeza con este epígrafe:

"La sentencia recurrida infringe el artículo 3 del Reglamento CE n.º 2027/1997, del Consejo, de 9 de octubre, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente [...] en relación con el art. 1.106 del Código Civil y con la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que determina que el daño resarcible es solo el daño efectivamente sufrido y, por tanto, que debe atenderse necesariamente a las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida por su cuantificación (Sentencias núm. 57/2012, de 13 de febrero [...]; núm. 326/2011, de 9 de mayo [...]; núm. 628/2009, de 30 de septiembre [...]; núm. 977/2005, de 19 de diciembre [...], entre otras)"

6.-En el desarrollo del motivo, la recurrente argumenta, resumidamente, que la infracción se ha producido porque la Audiencia Provincial, al equiparar automáticamente el daño resarcible con la cifra prevista en el art. 6.1 del Reglamento CE n.º 785/2004, ha prescindido de la consideración de toda circunstancia concreta individual para fijar la indemnización. Es imposible distinguir qué daños se indemnizan con esa cantidad alzada, pues no se desglosa la indemnización, no se sabe qué se indemniza por daños morales y qué se indemniza por daños patrimoniales.

QUINTO. -Decisión del tribunal: indemnización de los daños personales causados en un accidente de aviación

1.-Como declaramos en nuestra sentencia 232/2016, de 8 de abril, la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales solo tiene acceso a casación cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. Solo en estos términos y con ese alcance podrán examinarse las impugnaciones formuladas en los motivos de los recursos que se resuelven a continuación.

2.-Comenzando por el recurso interpuesto por los demandantes, estos consideran que la indemnización fijada por la Audiencia Provincial es desproporcionadamente baja por razón, fundamentalmente, de la cuantía de la suma asegurada en el seguro que cubre la responsabilidad civil del transportista aéreo.

3.-El argumento no se considera aceptable. Los daños que un accidente aéreo puede causar a los pasajeros y a terceros pueden ser catastróficos y de una cuantía altísima, lo que explica el elevado límite por el que responde el asegurador de la responsabilidad civil del transportista aéreo, sin que ello deba tener incidencia directa en la valoración de los daños personales que deben indemnizarse en caso de accidente aéreo.

4.-De aceptarse el argumento expuesto en el recurso, las indemnizaciones fijadas para los daños personales en caso de accidentes de circulación de vehículos a motor tendrían que ser muchísimo más elevadas que las que se fijan en el baremo de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación establecido en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, actualmente en la redacción que establece la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, puesto que el art. 4.2.a de dicha ley establece como importe mínimo de la cobertura del seguro obligatorio, en los daños a las personas, el de 70 millones de euros por siniestro.

5.-Que actualmente, al contrario de lo que ocurría en el Convenio de Varsovia, el Convenio de Montreal no establezca límites máximos a la indemnización de los daños personales causados en accidentes de aviación no supone que pueda pretenderse cualquier indemnización, por más elevada que sea su cuantía.

6.-Tampoco el hecho de que en otros ordenamientos jurídicos las cuantías indemnizatorias suelen ser más

elevadas es argumento que justifique la concesión de una indemnización en una cuantía que presente una desproporción excesiva con las que se conceden en otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico, que es la referencia a tomar en consideración.

7.-Por último, el carácter irreparable del daño causado por el fallecimiento del hijo y hermano de los demandantes tampoco justifica la solicitud de una indemnización en una cuantía desproporcionada como la pretendida en el recurso.

Desgraciadamente, no es posible reparar la pérdida de un ser querido, fallecido en unas circunstancias tan trágicas. No existen parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste.

La indemnización del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva que la determinación de la cuantía de la indemnización se realice apreciando las circunstancias concurrentes.

Pero ese carácter irreparable de la pérdida del ser querido no justifica la fijación de cualquier indemnización. La cuantía de esta ha de fijarse tomando en consideración los criterios utilizados para este tipo de daños en nuestro ordenamiento jurídico, lo que excluye una desproporción en la cuantía indemnizatoria como la que se pretende en el recurso de los demandantes.

8.-Por tanto, no puede estimarse el recurso interpuesto por los demandantes, pues no se considera aceptable su pretensión de que se fije una indemnización por el fallecimiento de su familiar de una cuantía desproporcionadamente superior a la que se concede en nuestro ordenamiento jurídico para otros supuestos en los que también se indemniza el fallecimiento de un familiar con los mismos vínculos de parentesco (hijo y hermano, respectivamente).

9.-Entrando a resolver el recurso de Mapfre, hay que dar la razón a esta recurrente en cuanto a la incorrección del criterio utilizado por la Audiencia Provincial para fijar la indemnización, consistente en fijar como importe de la misma la cifra de 250.000 DEG que el Reglamento n.º 785/2004 fija como importe mínimo del aseguramiento obligatorio.

Esta norma establece un importe mínimo para el aseguramiento de la responsabilidad civil del transportista aéreo que garantice la cobertura de los daños personales causados a los pasajeros en los casos más graves, pero no fija criterios de cuantificación de la indemnización de tales daños.

No se trata, por tanto, de optar entre la aplicación de dos baremos, en el que uno sería meramente orientativo (el de accidentes de circulación) y el otro (el del Reglamento n.º 785/2004) sería legalmente vinculante. Al contrario de lo que ocurre con lo previsto en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, el Reglamento n.º 785/2004 no establece propiamente ningún baremo destinado a valorar los daños personales.

10.-Además, la utilización de la cifra prevista en el Reglamento n.º 785/2004 como el importe mínimo del aseguramiento obligatorio, dificulta la modulación de la indemnización en los distintos supuestos, que debe tener en cuenta las múltiples circunstancias que pueden concurrir en los daños personales, relativas a la entidad de tales daños (fallecimiento, diversos grados de invalidez, incapacidad temporal, secuelas) y a las circunstancias personales de la víctima. Estas diversas circunstancias son tomadas en consideración en las tablas del baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, pero no por el Reglamento n.º 785/2004, que se limita a fijar una cantidad alzada con el carácter de importe mínimo del aseguramiento obligatorio.

11.-Por esa razón, ante la inexistencia de normas de valoración de los daños personales causados en accidentes de aviación, consideramos más adecuada una indemnización en cuya fijación tenga una función orientativa el baremo legal existente para los daños personales causados en accidentes de vehículos de motor.

Sobre esta cuestión, hemos declarado en la 776/2013, de 16 de diciembre, transcribiendo lo declarado en anteriores sentencias:

"El efecto expansivo del Baremo previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido con reiteración por esta Sala con criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en

cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1106 y 1902 del Código Civil".

12.-Esta utilización orientativa del citado baremo para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no impide que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad al que venga referida esta utilización.

En el caso del fallecimiento de un pasajero en un accidente aéreo, su carácter catastrófico y las demás circunstancias que lo rodean (entre otras, la frustración de la confianza en la mayor seguridad del transporte aéreo de pasajeros por la exigencia de elevados estándares de seguridad) lo hace más propenso a provocar un duelo patológico por el fallecimiento del ser querido.

13.-La normativa que establece el baremo de indemnización de los daños personales causados en accidentes de vehículos de motor hace una referencia expresa a que, para la determinación de las cuantías de las indemnizaciones, toma en consideración las circunstancias concurrentes en la circulación de los vehículos de motor y en el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor. Esas circunstancias son diferentes de las que concurren en el transporte aéreo de pasajeros y en el aseguramiento de la responsabilidad civil de los transportistas aéreos.

14.-Por ello es razonable que, tal como hizo el Juzgado Mercantil, la indemnización que resulte de la aplicación del baremo sea incrementada con un porcentaje adicional, que el juzgado fijó en un 50%. La propia Mapfre, en los ofrecimientos que hizo a los familiares de las víctimas, aplicó un porcentaje adicional de incremento respecto de la cifra que resultaba de la aplicación del baremo, aunque fuera inferior al fijado por el juzgado.

15.-Mapfre no ha impugnado que el juzgado determinara la cuantía de la indemnización con base en las cuantías del baremo fijadas para el año 2014. Es más, Mapfre consideraba que la indemnización procedente era la resultante de aplicar un incremento del 20% a las cuantías del baremo fijadas para el año 2013.

Estando fijados en estos términos el debate entre las partes y los consiguientes recursos de casación no es procedente entrar a analizar esta cuestión.

16.-Debe realizarse otra puntualización. La utilización del baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no supone que solo puedan considerarse perjudicados los considerados como tales en la normativa que establece el citado baremo. Tratándose de sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor que es objeto de dicha ley, la fijación de un determinado círculo de perjudicados en la normativa reguladora del mencionado baremo no resulta vinculante, y el tribunal puede, justificadamente, considerar como perjudicadas a otras personas y acordar a su favor una indemnización que tenga en cuenta los criterios indemnizatorios que en la normativa reguladora del baremo se establecen para los perjudicados con los que puedan guardar mayores analogías. Esto es justamente lo que ha hecho la Audiencia Provincial, que confirma en este extremo lo acordado por el Juzgado Mercantil, al incluir como perjudicada a la única hermana del fallecido, que convivía con él en el domicilio familiar.

17.-Por estas razones, aunque es acertada la impugnación que Mapfre ha realizado de la utilización por la Audiencia Provincial, como criterio para determinar la indemnización, de la cifra que el Reglamento n.º 785/2004 fija como importe mínimo del aseguramiento obligatorio en el transporte aéreo de pasajeros, no puede aceptarse la pretensión de Mapfre, tal como la formula en la petición final de su recurso (la estimación de la demanda solo en los términos en que Mapfre dice que se allanó a la misma, carentes de la precisión exigible para una actuación procesal de estas características). Por tal razón, las indemnizaciones fijadas por el Juzgado Mercantil deben ser confirmadas, pues las bases utilizadas son correctas (utilización orientativa del baremo previsto para los accidentes de circulación), el incremento en un 50% de las indemnizaciones establecidas para los progenitores, respecto de las cuantías previstas en el baremo, no se considera desproporcionado a las circunstancias concurrentes en un siniestro aéreo (y en el recurso de casación no procede valorar la corrección de la cuantía concreta fijada en la instancia, más allá de la corrección de las bases utilizadas y de la inexistencia de desproporción), y es correcto que se considerara perjudicada, en este caso, a la hermana del fallecido y se estableciera una indemnización proporcionada en su favor.

18.-Como se ha indicado con anterioridad, otras cuestiones, como la utilización de cuantías del baremo

resultantes de la actualización correspondiente a un ejercicio posterior a la fecha del accidente, no han sido objeto de debate en el recurso, por lo que no procede analizarlas en esta sentencia.

SEXO. -Formulación del motivo tercero del recurso de la demandada

1.-El tercer motivo del recurso de casación interpuesto por Mapfre se encabeza así:

"La sentencia recurrida infringe el artículo 29 del Convenio de Montreal en relación con el artículo 22.6 del Convenio de Montreal y con las obligaciones contenidas en el Reglamento (CE) n.º 2027/1997".

2.-En el desarrollo de este motivo, Mapfre cuestiona la fijación del interés de demora del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro pues alega que la obligación de pago y los plazos en que deben satisfacerse las indemnizaciones por los daños personales causados en accidentes de aviación vienen fijados en los citados Reglamento y Convenio, y el art. 22.6 CM solo prevé la obligación de ofrecer la indemnización en los seis meses posteriores al siniestro o antes de comenzar el juicio, si la segunda fecha es posterior. Asimismo, es el art. 5 del citado Reglamento el que prevé la obligación de hacer un anticipo a cuenta no inferior a 16.000 DEG en los 15 días siguientes a la determinación de la identidad de la persona física con derecho a indemnización. Y el art. 29 CM excluye las indemnizaciones punitivas del régimen de indemnización de daños causados en el transporte aéreo.

SÉPTIMO. -Decisión del tribunal: no debe confundirse el ámbito normativo del Reglamento comunitario y el Convenio de Montreal con el de la Ley del Contrato de Seguro

1.-El motivo tercero plantea cuestiones nuevas, no alegadas al contestar la demanda, lo que por sí solo determinaría su desestimación.

2.-Además de lo expuesto, el planteamiento del motivo confunde ámbitos normativos distintos: el aplicable a la responsabilidad derivada del contrato de transporte, de un lado, y las obligaciones del asegurador frente al perjudicado derivadas del contrato de seguro, de otro.

El régimen normativo expuesto hasta ahora, integrado por el Reglamento (CE) n.º 2027/1997, modificado por el Reglamento (CE) n.º 889/2002, y el Convenio de

Montreal, al que aquel Reglamento se remite, se aplica a las acciones ejercitadas por el pasajero frente al transportista, no a las peculiaridades propias de las obligaciones de las compañías aseguradoras frente al perjudicado como consecuencia de la acción directa ejercitada por este, que se rigen por la normativa nacional aplicable.

3.-Por último, que el art. 29 CM excluya las indemnizaciones punitivas del régimen de indemnización de daños causados en el transporte aéreo supone que dicho Convenio, aplicable en Estados con sistemas jurídicos muy diversos, ha optado por el sistema de indemnización resarcitoria, propia del régimen común de los sistemas de Derecho civil, frente a los sistemas de indemnizaciones punitivas que caracterizan algunos sectores normativos de los ordenamientos de Common Law. Pero no significa que excluya la posibilidad de establecer recargos en el caso de demora en el pago de las indemnizaciones.

Ello sin perjuicio de que, como se ha dicho, no debe confundirse el ámbito normativo del Reglamento (CE) n.º 2027/1997 y del Convenio de Montreal, que ninguna previsión contienen respecto de la mora en el pago de la indemnización, con el ámbito de la Ley del Contrato de Seguro, pues el recargo que establece el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro lo es exclusivamente para el asegurador en el caso de acción directa del perjudicado, no para el transportista aéreo.

OCTAVO. -Formulación del cuarto motivo del recurso de casación de la demandada 1.-Este último motivo del recurso de Mapfre se encabeza con este título: "La sentencia recurrida vulnera el artículo 20.8 de la Ley de contrato de seguros en relación con el artículo 20.3 y 20.4 de la Ley de contrato de seguros porque hace una interpretación arbitraria, irrazonable e ilógica del artículo, contraria a su nítido tenor literal y al espíritu de la Ley".

2.-En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la incertidumbre sobre la cobertura del seguro supone una causa justificada para exonerar a la aseguradora del pago de los intereses del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro; que la consignación y puesta a disposición de los demandantes de la indemnización enerva el devengo de intereses; que la obligación de indemnizar del asegurador nace del art. 18 y no del art. 20.3 de la Ley del Contrato de Seguro; que la normativa reguladora de la responsabilidad por daños personales en el

transporte aéreo establece plazos de indemnización distintos a los previstos en el art. 20.3 de la Ley del Contrato de Seguro ; y que no se ha valorado la diligencia de Mapfre en cumplir sus obligaciones.

NOVENO. -Decisión del tribunal: aplicación del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro a la aseguradora de la responsabilidad civil del transportista aéreo.

1.-En primer lugar, la regulación de la demora del asegurador de la responsabilidad civil del transportista aéreo está regulada en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro y no por el Reglamento (CE) n.º 2027/1997 y el Convenio de Montreal, como ya se ha dicho al resolver el anterior motivo.

2.-El pago del anticipo exigido por el art. 5 de dicho Reglamento tiene una función diferente a la del pago del importe mínimo que prevé el inciso final del art. 20.3 de la Ley del Contrato de Seguro. Lo regulado en aquel precepto no es el "importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas", sino "los anticipos necesarios para cubrir las necesidades económicas inmediatas", cuya cuantía está muy alejada de la indemnización mínima que el asegurador pudiera estar obligado a pagar por el fallecimiento de un pasajero.

Por tal razón, el pago de aquel anticipo no impide el devengo del interés de demora del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro respecto del resto de la cantidad a que asciende la indemnización.

3.-Respecto de la invocación que la recurrente hace al art. 18 de la Ley del Contrato de Seguro, su interpretación de tal precepto dejaría sin efecto la previsión del art. 20.3 de la Ley del Contrato de Seguro, puesto que, según Mapfre, el asegurador solo incurriría en mora si dejara de abonar la indemnización "al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo", cualquiera que fuera la duración de tales investigaciones y peritaciones.

4.-La consideración conjunta de ambos preceptos muestra que la Ley del Contrato de Seguro impone al asegurador una celeridad y diligencia extrema en la realización "de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo", así como en el cumplimiento de su prestación. De este modo, si no anticipa en el plazo de

cuarenta días desde la recepción de la notificación del siniestro el importe mínimo que "pueda deber" según las circunstancias por él conocido, y no cumple su prestación (generalmente, el pago de una indemnización) en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro, incurre en mora en los términos previstos en el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro, salvo que "la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable" (art. 20.8.º de la Ley del Contrato de Seguro).

5.-En el presente caso, la existencia del siniestro era conocida por Mapfre desde el momento en que el mismo se produjo, dada su repercusión pública, y los daños, al menos los daños personales consistentes en el fallecimiento de un número elevado de pasajeros también fueron conocidos inmediatamente, sin que la aseguradora cumpliera su obligación de indemnizar en el plazo fijado en el citado precepto legal.

6.-La sentencia 73/2017, de 8 de febrero, con cita de otras anteriores, resume la jurisprudencia sobre la interpretación y aplicación de la regla del artículo 20-8.º de la Ley del Contrato de Seguro.

Como se recuerda en dicha sentencia, la jurisprudencia ha mantenido una interpretación restrictiva de las causas que excluyen el devengo del interés de demora del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro, en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma, para impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados.

La mera existencia de un proceso judicial no constituye causa que justifique por sí sola el retraso en la indemnización, o permita presumir la racionalidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses, a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar.

En lo que aquí interesa, la sentencia afirma que no se ha considerado causa justificativa que excluya el devengo del interés de demora acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente, ya sea por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas. Asimismo,

la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla in iliquidis non fit mora [tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora], y atender al canon del carácter razonable de la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del día inicial del devengo, habida cuenta que la deuda nace con el siniestro y que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado.

7.-Otros argumentos expuestos en el desarrollo del motivo para impugnar el devengo del interés de demora parten de una base fáctica distinta a la fijada en la instancia, por lo que no pueden ser tomados en consideración.

8.-Lo expuesto determina que la discrepancia de las partes sobre la cuantía de la indemnización, las dudas que inicialmente pudieran haber existido sobre las causas del siniestro, las propuestas de acuerdo o el ofrecimiento de pago de cantidades inferiores a las finalmente fijadas en sentencia, no pueden ser consideradas como circunstancias excepcionales que enerven el devengo de los intereses de demora del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro hasta la consignación de la cantidad a cuyo pago fue condenada la demandada en primera instancia.

#### DÉCIMO. -Conclusión

1.-Lo expuesto determina que el recurso de casación interpuesto por los demandantes debe ser desestimado y el interpuesto por la demandada deba ser estimado solo en parte, puesto que la estimación debe limitarse a reducir el importe de las indemnizaciones a la cuantía fijada en la sentencia de primera instancia, mientras que el devengo del interés previsto en el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro debe producirse del modo establecido en la sentencia de segunda instancia, integrada por el auto de aclaración.

2.-Ello supone que, a efectos de imposición de las costas de apelación, el recurso de apelación de Mapfre fue completamente desestimado y el recurso de apelación de los demandantes haya de ser considerado como estimado en parte, puesto que se modificó favorablemente para ellos el

pronunciamiento que en primera instancia se hizo respecto de los intereses del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro respecto de la indemnización correspondiente a la hermana del fallecido».