

## Jurisprudencia

### Reseña jurisprudencial e-Dictum 95

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

#### TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA [Asunto C-198/18] DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2019

*El Reglamento europeo de insolvencia no resulta aplicable a una demanda presentada por el administrador concursal de una sociedad en concurso de acreedores por la que se solicita el pago de mercancías entregadas en virtud de un contrato celebrado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia de la sociedad contra la otra empresa contratante, establecida en un segundo Estado miembro.*

«La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 4 y 6 del Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DO 2000, L 160, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 788/2008 del Consejo, de 24 de julio de 2008 (DO 2008, L 213, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 1346/2000»).

Esta petición ha sido presentada en el contexto de un litigio entre CeDe Group AB, sociedad establecida en Suecia, y KAN sp. z o.o., empresa polaca en concurso de acreedores, respecto a la negativa de la primera a pagar a la segunda el importe de 1 532 489 coronas suecas (SEK) (aproximadamente 143 951 euros).

Marco jurídico.

Reglamento n.º 1346/2000:

3. A tenor del considerando 6 del Reglamento n.º 1346/2000: «(6) Con arreglo al principio de proporcionalidad, el presente Reglamento debería limitarse a unas disposiciones que regulen la competencia para la apertura de procedimientos de insolvencia y para decisiones emanadas directamente de dichos procedimientos, con los que están en estrecha relación. Asimismo, el presente Reglamento debería contener disposiciones relativas al reconocimiento de esas decisiones y al derecho aplicable, que satisfagan igualmente dicho principio.»

4. El artículo 1, apartado 1, de este Reglamento disponía:

«El presente Reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico.»

5. El artículo 3, apartado 1, de dicho Reglamento establecía:

«Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social.»

6. En virtud del artículo 4 de este mismo Reglamento, titulado «Legislación aplicable»:

«1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, denominado en lo sucesivo “el Estado de apertura”.

2. La Ley del Estado de apertura determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia. Dicha Ley determinará en particular: [...]

d) las condiciones de oponibilidad de una compensación;

e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte; [...]

g) los créditos que deban cargarse al pasivo del deudor y la suerte de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia; [...]

7. El artículo 6 del Reglamento n.º 1346/2000, titulado «Compensación», disponía lo siguiente, en su apartado 1:

«La apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito con el crédito del deudor, cuando la Ley aplicable al crédito del deudor insolvente permita dicha compensación.»

Reglamento Roma I:

8. Conforme al tenor del artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO 2008, L 177, p. 6; en lo sucesivo, «Reglamento Roma I»):

«El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.»

9. El artículo 17 de dicho Reglamento dispone que:

«Cuando el derecho a la compensación no se base en el acuerdo entre las partes, la compensación se regirá por la ley aplicable al crédito contra el cual se alega el derecho a la compensación.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales.

10. El 9 de junio de 2010, CeDe Group celebró un contrato de entrega de mercancías con PPUB Janson sp.j., empresa con sede en Polonia. El mencionado contrato incluía una cláusula conforme a la cual se aplicaría la legislación sueca en caso de dudas sobre la interpretación del contrato.

11. En enero de 2011, PPUB Janson fue declarada en concurso en Polonia. En julio de 2011, el administrador designado en el procedimiento concursal inició un proceso monitorio europeo contra CeDe Group ante el Kronofogdemyndigheten (Servicio público que gestiona, entre otros, el cobro de créditos, Suecia) por un crédito de 1 532 489 coronas suecas (SEK) (aproximadamente 143 951 euros), más intereses, correspondiente al pago de mercancías que PPUB Janson había entregado a CeDe Group en virtud del citado contrato.

12. El administrador concursal de PPUB Janson solicitó al Malmö tingsrätt (Tribunal de Primera Instancia de Malmö, Suecia), que debía resolver sobre el procedimiento monitorio, que condenara a CeDe Group al pago del importe de la deuda en cuestión, más los intereses. CeDe Group se opuso a esta pretensión alegando que ostentaba frente a PPUB Janson un crédito superior a la cantidad que le había sido reclamada, por importe de más de 3,9 millones de SEK (aproximadamente 366 497 euros) y correspondiente a la indemnización por entregas no efectuadas y por la entrega de mercancías defectuosas. Por consiguiente, CeDe Group solicitó la compensación de los créditos, a la que se opuso el administrador concursal de PPUB Janson alegando que había rechazado el crédito invocado por CeDe Group en el procedimiento concursal tramitado en Polonia.

13. Ante el Malmö tingsrätt (Tribunal de Primera Instancia de Malmö) se planteó la cuestión de la Ley aplicable a la pretensión de compensación de créditos formulada por CeDe Group.

14. El administrador concursal de PPUB Janson alegó que la legislación polaca era aplicable con arreglo al tenor del artículo 4, apartado 1, del Reglamento n.º 1346/2000. Consideraba que también debía tenerse en cuenta que el artículo 4, apartado 2, letra d), de dicho Reglamento establece que la Ley del Estado miembro en el que se abra el procedimiento de insolvencia determinará las condiciones de oponibilidad de la compensación. El administrador concursal alegó también que el artículo 6, apartado 1, del citado Reglamento solo es aplicable si el ordenamiento jurídico del Estado miembro de apertura del procedimiento de insolvencia no permite la compensación de créditos, en el contexto de ese procedimiento, como instrumento de pago de deudas recíprocas. En su opinión, en el procedimiento principal, este no es el caso en Derecho polaco.

15. CeDe Group objetó que era la legislación sueca la que correspondía aplicar a la compensación de créditos. Afirmaba que la pretensión del administrador concursal de PPUB Janson se refería a una deuda derivada de relaciones contractuales reguladas por el contrato de 9 de junio de 2010, que incluye una cláusula en la que se designa el Derecho sueco como Ley aplicable a dicho contrato. La aplicación obligatoria de esta cláusula se deriva, siempre según su criterio, de las disposiciones del artículo 3, apartado 1, del Reglamento Roma I. En cualquier caso, en opinión de CeDe Group, a falta de acuerdo entre las partes contratantes, el artículo 17 de dicho Reglamento establece que la compensación se rige por la Ley aplicable al crédito contra el que se alega el derecho a la compensación, en este caso el Derecho sueco.

16. Además, CeDe Group alegó que, según el artículo 6, apartado 1, del Reglamento n.º 1346/2000, el procedimiento de insolvencia no afecta al derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito cuando la Ley aplicable al crédito del deudor objeto del procedimiento concursal permita dicha compensación. Pues bien, según CeDe Group, la legislación sueca era aplicable al crédito invocado por el administrador concursal de PPUB Janson. Por lo tanto, en su opinión, también es aplicable a la compensación de los créditos en cuestión.

17. El Malmö tingsrätt (Tribunal de Primera Instancia de Malmö) consideró que, con arreglo a la norma de principio establecida en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento n.º 1346/2000, la legislación polaca era

aplicable al litigio que debía resolver. Desestimó la aplicación del artículo 6, apartado 1, de dicho Reglamento debido a que la legislación polaca no limitaba ni prohibía la compensación de créditos.

18. CeDe Group interpuso un recurso de apelación contra esta sentencia ante el Hovrätten över Skåne och Blekinge (Tribunal de Apelación con sede en Malmö, Suecia). Durante la tramitación de ese procedimiento, el administrador concursal de PPUB Janson transmitió el crédito controvertido en el litigio principal a KAN, una sociedad polaca que sustituyó al administrador concursal de PPUB Janson en dicho procedimiento.

19. El referido tribunal de apelación confirmó la sentencia dictada en primera instancia. Consideró que no había razón para apartarse de la norma de principio según la cual la Ley aplicable es la del Estado miembro de apertura del procedimiento de insolvencia. En su opinión, el rechazo del administrador concursal de PPUB Janson de la pretensión de compensación formulada por CeDe Group no tiene ninguna incidencia en esta conclusión.

20. Ante el Högsta domstolen (Tribunal Supremo, Suecia), CeDe Group alega que la legislación sueca es la Ley aplicable a la pretensión de compensación de créditos. KAN, por su parte, solicita la confirmación de la sentencia dictada en apelación.

21. Durante la tramitación del procedimiento ante el Högsta domstolen (Tribunal Supremo), se declaró el concurso de KAN. El administrador concursal de KAN declaró que la masa concursal no se subrogaba en la demanda presentada por KAN. Por tanto, KAN, en liquidación judicial, es ahora parte en el procedimiento ante ese tribunal.

22. El órgano jurisdiccional remitente señala que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1346/2000 por lo que respecta a la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en materia de insolvencia, examinando en particular los ámbitos de aplicación respectivos de dicho Reglamento y del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1).

23. A tal fin, según el tribunal remitente, el Tribunal de Justicia ha concedido una importancia particular, no al contexto procesal en el que se inscribe la demanda, sino a su fundamento jurídico.

24. El órgano jurisdiccional remitente considera que el litigio principal plantea la cuestión de si la demanda,

presentada por la masa concursal, por la que se solicita el pago de una deuda nacida antes de la apertura del procedimiento de insolvencia está comprendida en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del artículo 4 del Reglamento n.º 1346/2000. A efectos de la interpretación de este artículo, se pregunta, esencialmente, si procede extrapolar el razonamiento adoptado por el Tribunal de Justicia sobre la interpretación del artículo 3 de dicho Reglamento, relativo a la atribución de la competencia internacional en materia de insolvencia.

25. Si se declara que el Reglamento n.º 1346/2000 resulta aplicable a una demanda como la contemplada en el apartado anterior, dicho órgano jurisdiccional también se pregunta sobre la relación entre los artículos 4 y 6 de dicho Reglamento a efectos de determinar la Ley aplicable a una pretensión de compensación de créditos como la controvertida en el litigio principal.

26. En estas circunstancias, el Högsta domstolen (Tribunal Supremo) decidió suspender el procedimiento y plantear el Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 4 del [Reglamento n.º 1346/2000] en el sentido de que se aplica a una demanda presentada ante un tribunal sueco por el administrador concursal de una empresa polaca —que es objeto de un procedimiento concursal en Polonia— contra una empresa sueca para el pago de mercancías entregadas con arreglo a un contrato celebrado entre ambas empresas antes del concurso?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿tiene alguna pertinencia que, durante el procedimiento judicial, el administrador concursal transmita el crédito controvertido a otra empresa que se incorpora a dicho procedimiento en sustitución de la masa concursal?

3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión, ¿tiene alguna pertinencia que la empresa que se ha incorporado al procedimiento sea declarada en concurso posteriormente?

4) Cuando el demandado en el procedimiento judicial, en las circunstancias contempladas en la primera cuestión, alega que la pretensión de pago formulada por el administrador concursal debe compensarse con un crédito oponible que se deriva del mismo contrato que dicha pretensión, ¿queda incluido este supuesto de compensación en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra d), [del Reglamento n.º 1346/2000]?

5) ¿Debe interpretarse la relación entre el artículo 4, apartado 2, letra d), y el artículo 6, apartado 1, del Reglamento n.º 1346/2000 en el sentido de que el

artículo 6, apartado 1, solo resulta aplicable si no existe la posibilidad de compensación en el ordenamiento jurídico del Estado de apertura o también puede aplicarse dicho artículo en otros casos, por ejemplo, cuando solo exista una cierta diferencia en la posibilidad de compensación con arreglo a los ordenamientos jurídicos de que se trate o cuando no exista ninguna diferencia en absoluto, pero se deniegue sin embargo la compensación en el Estado de apertura?»

Sobre las cuestiones prejudiciales.

Sobre la primera cuestión prejudicial.

27. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si el artículo 4 del Reglamento n.º 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que resulta aplicable a una demanda presentada por el administrador concursal de una sociedad en concurso de acreedores, establecida en un primer Estado miembro, mediante la que se solicita el pago de mercancías entregadas en virtud de un contrato celebrado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia de dicha sociedad, contra la otra empresa contratante, establecida en un segundo Estado miembro.

28. Con arreglo al artículo 4, apartado 1, del Reglamento n.º 1346/2000, salvo disposición en contrario de dicho Reglamento, la legislación aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos es la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento. El artículo 4, apartado 2, del citado Reglamento, por una parte, precisa que la Ley del Estado de apertura determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia y, por otra parte, enumera de forma no taxativa diferentes normas procesales que se rigen por la Ley del Estado miembro de apertura (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2010, MG Probud Gdynia, C 444/07, EU:C:2010:24, apartado 25). Esta enumeración incluye, en la letra d) de esa disposición, las condiciones de oponibilidad de una compensación, en la letra e), los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte, así como, en la letra g), los créditos que deban cargarse al pasivo del deudor y la suerte de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia.

29. Así pues, para establecer si la Ley del Estado miembro de apertura es aplicable a una demanda por la que se solicita el pago de mercancías entregadas en virtud de un contrato celebrado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, cuando dicha demanda se presenta por el administrador concursal

de una sociedad en situación de concurso establecida en un Estado miembro contra la otra parte del contrato, una sociedad establecida en otro Estado miembro, es preciso determinar si dicha demanda está comprendida en el procedimiento de insolvencia o en sus efectos en el sentido del artículo 4 del Reglamento n.º 1346/2000.

30. A este respecto, debe señalarse, como hizo el Abogado General en el punto 33 de sus conclusiones, que de la lectura conjunta de los artículos 3 y 4 del Reglamento n.º 1346/2000 se desprende que esta normativa trata, en principio, de conciliar la competencia internacional de los tribunales con la Ley aplicable a los procedimientos de insolvencia. En efecto, salvo en los casos en que dicho Reglamento disponga expresamente lo contrario, la Ley aplicable sigue, de conformidad con el artículo 4 de dicho Reglamento, la competencia internacional determinada con arreglo al artículo 3 de dicho Reglamento.

31. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha declarado, en lo que respecta al ámbito de aplicación del artículo 3 del Reglamento n.º 1346/2000, interpretado a la luz del considerando 6 del citado Reglamento, que únicamente están comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1346/2000 las demandas que derivan directamente de un procedimiento concursal y que están estrechamente relacionadas con él (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de febrero de 2019, NK, C 535/17, EU:C:2019:96, apartados 25 y 26 y jurisprudencia citada). En ese contexto, el criterio decisivo en que se basa el Tribunal de Justicia para determinar el ámbito al que corresponde una demanda no es el contexto procesal en el que esta se inscribe, sino el fundamento jurídico de la propia demanda. Según este enfoque, procede dilucidar si la fuente del derecho o de la obligación que sirve de base a la demanda son las normas generales del Derecho civil y mercantil o normas especiales, propias de los procedimientos de insolvencia (sentencia de 6 de febrero de 2019, NK, C 535/17, EU:C:2019:96, apartado 28 y jurisprudencia citada).

32. De ello resulta que, cuando la fuente de una demanda son las normas especiales propias de los procedimientos de insolvencia, esta está comprendida, salvo disposición contraria prevista por el Reglamento n.º 1346/2000, en el ámbito de aplicación del artículo 4 de dicho Reglamento (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 2015, Kornhaas, C 594/14, EU:C:2015:806, apartado 17).

33. No obstante, como señaló el Abogado General en el apartado 34 de sus conclusiones, esta disposición tiene un ámbito más amplio que el del artículo 3 en la medida en que se aplica no solo a los procedimientos de insolvencia, sino también a sus efectos. Asimismo, no puede deducirse del mero hecho de que una demanda no tenga su fuente en las normas especiales propias de los procedimientos de insolvencia que tal demanda no esté comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4 del Reglamento n.º 1346/2000.

34. Es necesario verificar también si la demanda en cuestión no forma parte de los efectos de un procedimiento de insolvencia en el sentido de este último artículo, cerciorándose de que dicha demanda no sea la consecuencia directa e inseparable de tal procedimiento.

35. Por ello, como señaló el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, la referencia que se hace en el artículo 4, apartado 2, letras d) y e), del Reglamento n.º 1346/2000 a las condiciones de oponibilidad de una compensación y a los efectos de la insolvencia sobre los contratos en vigor no puede suponer que cualquier acción judicial basada en un contrato en el que una de sus partes esté sujeta a un procedimiento de insolvencia se incluya, por este simple hecho, en el concepto de «procedimientos de insolvencia y [...] sus efectos».

36. En particular, el mero hecho de que un administrador concursal haya interpuesto tal demanda no es determinante para apreciar si está comprendida en el concepto de «procedimiento de insolvencia y [...] sus efectos». En efecto, por una parte, una demanda de pago de las mercancías entregadas en virtud de un contrato puede, en principio, ser presentada por el propio acreedor, de forma que no es competencia exclusiva del administrador concursal. Por otra parte, presentar esa demanda no depende en modo alguno de la apertura de un procedimiento de insolvencia, puesto que tal demanda de pago puede presentarse al margen de cualquier procedimiento de insolvencia. Por ello, una demanda de pago de mercancías entregadas en virtud de un contrato, como la controvertida en el litigio principal, no puede ser considerada la consecuencia directa e indisoluble de tal procedimiento (véase, por analogía, la sentencia de 6 de febrero de 2019, NK, C 535/17, EU:C:2019:96, apartado 36).

37. Así pues, debe considerarse que no está comprendida en el concepto de «procedimiento de insolvencia y [...] sus efectos», en el sentido del artículo 4, apartado 1, del Reglamento n.º 1346/2000, una demanda por la que se solicita el pago de

mercancías entregadas en virtud de un contrato celebrado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia cuando dicha demanda sea presentada por el administrador concursal de una sociedad en concurso de acreedores establecida en un Estado miembro contra la otra sociedad contratante establecida en otro Estado miembro.

38. Dicho esto, la interpretación realizada en el apartado anterior de la presente sentencia no prejuzga en modo alguno la Ley aplicable a la pretensión de compensación ni las normas pertinentes que puedan determinar la Ley aplicable al litigio principal.

39. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 4 del Reglamento n.º 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una demanda presentada por el administrador concursal de una sociedad en concurso de acreedores, establecida en un primer Estado miembro, mediante la que se solicita el pago de mercancías entregadas en virtud de un contrato celebrado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia de dicha sociedad, contra la otra sociedad contratante, establecida en un segundo Estado miembro.

Sobre las cuestiones prejudiciales segunda a quinta:

40. De la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente resumida en el apartado 25 de la presente sentencia se desprende que las cuestiones prejudiciales segunda a quinta solo se plantean si la respuesta a la primera cuestión es afirmativa.

41. Por tanto, habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, no procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda a quinta».

## TRIBUNAL SUPREMO

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2981/2017] DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2019 [Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas]

*Transmisión de negocio bancario. Cuando la transmisión no tiene por finalidad la cesión de determinados contratos, sino la transmisión del negocio bancario (que era la actividad propia del objeto social de la transmitente) como una unidad económica, se produce la sustitución de la adquirente en la posición contractual que la entidad transmitente ostentaba frente a cada uno de sus clientes del negocio bancario, de modo que estos podrán ejercitar contra la adquirente las acciones de nulidad contractual, por error vicio, respecto de los contratos*

*celebrados por la entidad transmitente con su clientela antes de la transmisión del negocio bancario, sin perjuicio de las acciones que la adquirente pueda ejercitar contra la transmitente para quedar indemne frente a esas reclamaciones y conforme a lo previsto en el contrato celebrado entre ambas entidades.*

«El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, D. Raúl, interpuso demanda contra Caixabank, S.A., en ejercicio de acción de nulidad por error en el consentimiento y, subsidiariamente, de resolución por incumplimiento contractual en relación con unos bonos denominados Fergo Aisa, adquiridos en el año 2006 por importe de 84.000 euros.

La entidad demandada se opuso a dicha pretensión interesando se dicte sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de costas a la demandante. En primer lugar, alega su falta de legitimación pasiva, indicando su condición de mera intermediaria, la caducidad de la acción de nulidad y negando en todo caso la existencia de error o incumplimiento alguno al haber proporcionado a las demandantes la información sobre la naturaleza del producto y sus riesgos.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Dicha resolución comienza rechazando la falta de legitimación pasiva de la demandada, por entender que se transmite el negocio bancario de Bankpime, S.A. a Caixabank, S.A., como una unidad económica, indicando que la relación negocial seguida entre Bankpime, S.A. y Caixabank, S.A. no supuso, simplemente, la transmisión de la primera a la segunda de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en conexión con una relación recíproca que les da sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Igualmente, esa cesión no sólo comprende derechos y obligaciones, sino también otros efectos jurídicos, como son las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad, así como las facultades de modificación o extinción contractual, es decir, los denominados derechos potestativos. A continuación, rechaza la condición de mero intermediario del demandado, así como la caducidad de la acción de nulidad y entrando en el fondo del asunto, acuerda la nulidad del contrato celebrado por error en el consentimiento al considerar que la parte demandada no informó a la demandante sobre la naturaleza del producto y sus riesgos.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, el cual fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, la cual estimó el recurso, revocando lo

dispuesto por la sentencia de primera instancia en el sentido de desestimar la demanda. Dicha resolución considera que la demandada carece de legitimación pasiva. En concreto, en su fundamento de derecho tercero establece lo siguiente:

"[...] TERCERO. -En orden a las anteriores manifestaciones debe estimarse en primer lugar, que la recurrente, plantea de nuevo en esta alzada la cuestión relativa a su falta de legitimación activa, en base a las mismas alegaciones en su día expuestas en su escrito de contestación a la demanda. Siendo así, y a la vista de la prueba documental obrante en autos, no puede sino concluirse que en el presente caso en modo alguno se ha producido esta fusión por absorción, ni existe la escritura de fusión ni se ha producido inscripción alguna en el Registro Mercantil en tal sentido, lo que se ha acreditado es la existencia de una serie de operaciones de compraventa por parte de la entidad Caixabank de parte de las operaciones y activos de la entidad Bankpime, pero sin que se haya producido esa supuesta fusión ni mucho menos una sucesión universal en todos los derechos y obligaciones, lo que se ha producido como dijimos es ese mero contrato de compraventa, por el que se ha adquirido parte del patrimonio pero no se ha extinguido en absoluto la entidad Bankpime, que ahora sigue existiendo bajo el nombre de Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa. Por ello, no acreditada la fusión ni la sucesión universal se estaría en el caso de estimar que efectivamente la demandada y hoy apelante carece de legitimación pasiva para soportar la acción ejercitada por la parte actora en este procedimiento. Además, a ello aboca también el hecho de que en relación con la limitación de la validez de la cláusula por la que se asumía solamente determinado pasivo y su inoponibilidad a terceros, al contrario de lo estimado en la resolución de instancia, ha de considerarse que, lo cierto es que se trata de una cláusula perfectamente clara y que determina el alcance de la operación suscrita entre Caixabank y Bankpime. Y no puede desconocerse que se adquiere por determinado precio un determinado activo y un determinado pasivo no pudiendo por tanto incrementarse en contra de la entidad Caixabank un pasivo que no existía en el momento de la operación de compraventa y que no fue tenido en cuenta en esta. Dado, que no solamente no fue tenido en cuenta, sino que fue expresamente excluido de la asunción de responsabilidad por parte de Caixabank, lo que implica y supone no la inexistencia de las citadas deudas derivadas de la responsabilidad por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones como intermediador, sino que la misma no ha pasado

ni se ha trasladado a la nueva adquirente, sino que sigue perteneciendo a la masa patrimonial en este caso pasiva de la entidad Bankpime. Del análisis del documento que contiene la compraventa de Caixabank a Bankpime se extrae como conclusión la existencia de la exclusión del pasivo a que hace referencia la cláusula segunda del citado contrato. Señalándose también, en cuanto a las cartas remitidas a los clientes de Bankpime comunicando la sucesión universal de Caixabank en todos los derechos y obligaciones, que las mismas por sí solas no pueden generar esa asunción de responsabilidad, puesto que basta la lectura de los citados documentos para llegar a la conclusión de que en modo alguno se comunica dicha sucesión universal en el negocio bancario por parte de Caixabank a Bankpime, sino que lo que se comunica es lo que es objeto de contenido en la citada carta que es la asunción del negocio bancario de Bankpime por parte de Caixabank. Sin que de las citadas comunicaciones pueda desprenderse la existencia de un acto propio que vincule a Caixabank para la responsabilidad exigida en el presente procedimiento.

"En conclusión, procede estimar el recurso interpuesto en su primer motivo de impugnación, por cuanto no existe legitimación pasiva de la demandada y recurrente Caixabank para soportar la acción ejercitada contra la misma, por lo que sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse contra el Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa, lo que es claro es que no puede prosperar una acción contra alguien que no tiene vinculación alguna con la relación jurídica de la que trae causa el procedimiento. Procediendo con ello, la revocación de la Sentencia dictada en la instancia, y consecuentemente la desestimación de la demanda en su día planteada. No siendo preciso el examen del resto de los motivos de recurso alegados [...]".

Recorre en casación la parte demandante, D. Raúl.

Dicho procedimiento fue tramitado en atención a una cuantía inferior a los 600.000 euros por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC.

El escrito de interposición, en cuanto al recurso de casación, se articula en dos motivos.

En el motivo primero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 10 LEC, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la cesión de contratos. A tal fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 11 de abril y 18 de mayo de 1962, 6 de noviembre y 2 de diciembre de 1964 y 24 de abril y 27 de noviembre de 1969.

A través del presente motivo se afirma la legitimación pasiva de Caixabank, S.A. para soportar las acciones ejercitadas en la demanda. Señala al efecto que a consecuencia de la adquisición del negocio bancario de Bankpime por parte de Caixabank se produjo la cesión a esta de los contratos a través de los que se desarrollaba aquél, con la consiguiente subrogación de esta en la posición jurídica ocupada por aquella en los mismos términos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones de ellos derivados, con exclusión del cedente, sin perjuicio de su responsabilidad frente a la cesionaria conforme a lo expresamente pactado al respecto y en las cuestiones relativas a la existencia, validez y eficacia de las correspondientes relaciones negociales.

Por último, en el motivo segundo, tras citar como precepto legal infringido el artículo 10 LEC, se alega la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en relación con la legitimación pasiva de Caixabank respecto de las reclamaciones contra ella cursadas por responsabilidad derivada de la actividad de Bankpime. A tal fin cita, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 30 de mayo de 2.017, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 10.ª, de 4 de mayo de 2.017, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 14.ª, de 24 de abril de 2.017, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Octava, de fechas 16 de noviembre de 2016 y 28 de julio de 2016, así como las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima, de fechas 14 de septiembre y 7 de diciembre de 2016, las cuales estiman que Caixabank tiene legitimación pasiva respecto de las reclamaciones contra ella cursadas por responsabilidad derivada de la actividad de Bankpime. Y por otro lado, con un criterio jurídico coincidente entre sí pero dispar del anterior cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 6 de marzo de 2013, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena, de fecha 12 de marzo de 2014 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Primera, de fecha 27 de mayo de 2014, las cuales estiman que Caixabank no tiene legitimación pasiva respecto de las reclamaciones contra ella cursadas por responsabilidad derivada de la actividad de Bankpime. SEGUNDO. -Motivos primero y segundo.

1.-Motivo primero. -Traspaso de la relación comercial de Bankpime a Caixabank. Vulneración del art. 10 de la LEC y vulneración de las normas legales y la jurisprudencia de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo en cuestiones relativas a la cesión de los

contratos (fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida).

2.-Motivo segundo. -En virtud del artículo 477.3 de la LEC, necesaria unificación de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la legitimación pasiva que le compete a la entidad demandada CaixaBank.

Se estiman los motivos.

Sobre la legitimación pasiva de CaixaBank SA, en el contrato de transmisión del negocio bancario por parte de Bankpime S.A., se ha pronunciado esta sala entre otras en sentencia 652/2017, de 29 de noviembre, declarando la existencia de legitimación pasiva por parte de CaixaBank, por lo que procede la estimación del motivo, casando la sentencia recurrida. Esta Sala en la referida sentencia declaró:

"El negocio jurídico celebrado por las dos entidades bancarias no tenía por finalidad la cesión de determinados contratos celebrados por Bankpime, sino la transmisión de su negocio bancario (que era la actividad propia de su objeto social) como una unidad económica. En el marco de esa transmisión del negocio bancario como unidad económica, Bankpime se desprendió de los elementos patrimoniales necesarios para el desenvolvimiento del negocio bancario, que transmitió a CaixaBank, incluida la cesión de los contratos celebrados con sus clientes, y poco después renunció a la autorización para operar como entidad de crédito..."

"8.-Por tanto, la transmisión por Bankpime a CaixaBank de su negocio bancario como unidad económica y, como elemento integrante de dicha transmisión, la sustitución de Bankpime por CaixaBank en la posición contractual que aquel ostentaba frente a cada uno de sus clientes del negocio bancario, justifica que estos pudieran ejercitar contra CaixaBank las acciones de nulidad contractual, por error vicio, respecto de los contratos celebrados por Bankpime con su clientela antes de la transmisión del negocio bancario, sin perjuicio de las acciones que CaixaBank pueda ejercitar contra Bankpime para quedar indemne frente a esas reclamaciones, conforme a lo previsto en el contrato celebrado entre ambos bancos".

TERCERO. -En el recurso de apelación se plantearon por parte del banco recurrente las siguientes cuestiones:

1. Falta de legitimación pasiva de CaixaBank.
2. Impugnación de las órdenes de transferencia de valores.
3. Inexistencia de vicio en el consentimiento por dolo o error.
4. Inexistencia de falta de información.

5. Ejercicio de las pretensiones de la actora al margen del procedimiento concursal de Bankpime.

En el presente recurso de casación se desestima la primera causa, no habiendo sido objeto de pronunciamiento en la apelación, el resto de los motivos, por lo que procede la devolución del procedimiento a la Audiencia Provincial, para que se pronuncie sobre el resto, con la mayor premura.

CUARTO. -Por ello, procede casar la sentencia recurrida, en cuanto declaraba la falta de legitimación pasiva, procediendo la devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que se pronuncie, con urgencia, sobre el fondo del litigio, que ha quedado imprejuizado, en aras a preservar la necesaria "doble instancia" (sentencias de 7 de octubre de 2009 y 24 y 25 de mayo de 2010)».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 876/2017] DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2019 [Ponente: M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán]**

*Contrato de mandato. Poder suficiente: en un poder general en el que se especifican actos de riguroso dominio no es preciso que se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas. Ejercicio abusivo del poder: la validez y suficiencia de un poder no impide que los tribunales puedan apreciar la falta de eficacia o de validez del negocio celebrado en representación cuando, en atención a las circunstancias (la relación subyacente existente entre las partes y sus vicisitudes, la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación a las circunstancias concurrentes, el conocimiento que de todo ello tuvo o debió tener el tercero, etc.), se haya hecho un uso abusivo del poder.*

«En el presente recurso se analiza, de una parte, la suficiencia de un poder con especificación de la facultad de "vender o enajenar bienes inmuebles" aunque no se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas.

Por otra parte, se valora si, en atención a las circunstancias concurrentes, se ha producido un abuso del poder de representación y si los terceros tenían o podían tener conocimiento del carácter abusivo o desviado del acto de ejercicio del poder, con la consecuencia de la ineficacia del negocio estipulado por el representante con tales terceros.

Son antecedentes necesarios los siguientes:

1.-El 23 de julio de 2013, D. Gines compareció ante D. Vicente Tomás Bernat, notario del Ilustre Colegio de Valencia, para otorgar dos escrituras. En ambas, D. Gines intervino en su propio nombre y en representación de su madre, D<sup>a</sup> Irene.

Mediante la primera escritura (número de protocolo NUM000), D. Gines y D<sup>a</sup> Irene concedían una opción de compra sobre sus respectivos derechos y cuotas indivisas y, conjuntamente, sobre el pleno dominio de una vivienda y un garaje, a favor de D<sup>a</sup> Dulce, que intervenía representada por su hijo D. Benigno.

El notario autorizante reseñó en esta escritura:

"INTERVIENEN

"El primero en su propio nombre y derecho, y, además, en nombre y representación de DOÑA Irene (mayor de edad, viuda, pensionista, vecina de Gandía, con domicilio en la CALLE000 número NUM004, NUM005; con Documento Nacional de Identidad número NUM006).

"Obra en virtud de poder general que tiene conferido a su favor en escritura autorizada por el Notario de la Font d'en Carrós, Don Lorenzo Talens Grau, el 23 de julio de 2013, número 313 de protocolo; -el cual asegura vigente-

"Copia autorizada de la referida escritura de poder he tenido a la vista, y le juzgo, según interviene, con facultades representativas suficientes para este acto.

"Entre las facultades conferidas resultan -aun incidiendo en autocontrato o doble o múltiple representación-, las de vender o enajenar bienes inmuebles".

Mediante la segunda escritura (número de protocolo NUM003), D. Gines y D<sup>a</sup> Irene reconocían adeudar solidariamente a D<sup>a</sup> Eloisa la cantidad de 24.000 euros, por haberlos recibido en metálico ese mismo día en concepto de préstamo.

El notario autorizante reseñó en esta escritura:

"INTERVIENEN

"El primero en su propio nombre y derecho, y, además, en nombre y representación de DOÑA Irene (mayor de edad, viuda, pensionista, vecina de Gandía, con domicilio en la CALLE000 número NUM004, NUM005; con Documento Nacional de Identidad número NUM0069).

"Obra en virtud de poder general que tiene conferido a su favor en escritura autorizada por el Notario de la Font d'en Carrós, Don Lorenzo Talens Grau, el 23 de julio de 2013, número 313 de protocolo; -el cual asegura vigente-

"Copia autorizada de la referida escritura de poder he tenido a la vista, y le juzgo, según interviene, con facultades representativas suficientes para este acto.

"Entre las facultades conferidas resultan -aun incidiendo en autocontrato o doble o múltiple representación-, las de tomar dinero a préstamo".

2.-D. Gines falleció repentinamente el 21 de diciembre de 2013. D<sup>a</sup> Dulce, por un lado, formuló contra D<sup>a</sup> Irene demanda de ejecución dineraria con apoyo en la escritura de préstamo, reclamando la cantidad prestada más los intereses y costas. Por otra parte, D<sup>a</sup> Eloisa remitió a D<sup>a</sup> Irene una notificación de que se había ejercitado la mencionada opción de compra.

3.-El 9 de marzo de 2015, D<sup>a</sup> Irene interpuso una demanda de juicio ordinario en la que ejercitaba una acción de nulidad de contratos contra D<sup>a</sup> Dulce y D<sup>a</sup> Eloisa.

En la demanda solicitó, en primer lugar, la declaración de nulidad absoluta de todas las actuaciones y negocios jurídicos realizados por D. Gines en nombre y representación de D<sup>a</sup> Irene con relación al derecho de opción de compra que se contiene en la mencionada escritura protocolizada con el n.º NUM000. En concreto, que se declarase nula la concesión del derecho de opción de compra que se dice otorgado por D<sup>a</sup> Irene respecto de la participación que ostenta sobre una mitad indivisa del pleno dominio y el usufructo vitalicio de una tercera parte indivisa de la restante mitad, sobre las fincas registrales n.º NUM001 y n.º NUM002 del Registro de la Propiedad n.º 1 de Gandía; así como las inscripciones registrales que se hubieran practicado, por el otorgamiento de esta escritura, en dicho Registro de la Propiedad respecto de D<sup>a</sup> Irene.

En segundo lugar, solicitó también la declaración de nulidad absoluta de todas las actuaciones y negocios jurídicos realizados por D. Gines en nombre y representación de D<sup>a</sup> Irene con relación al contrato de préstamo contenido en la escritura autorizada el 23 de julio de 2013 y protocolizada con el n.º NUM003, y, por tanto, que se declarase nula la obligación que, según dicha escritura, correspondía a D<sup>a</sup> Irene.

D<sup>a</sup> Irene alegó en su demanda que su marido había fallecido en 1992 y que todavía no habían inscrito en el Registro de la Propiedad la adjudicación de los derechos que correspondían a ella y a su hijo D. Gines sobre la vivienda y plaza de garaje como consecuencia de la herencia del causante, por lo que su hijo le solicitó en julio de 2013 que le otorgara un poder para inscribir en el Registro de la Propiedad tales adjudicaciones.

La demandante alegó que las dos escrituras se otorgaron sin su consentimiento ni conocimiento a través de un ejercicio abusivo de las facultades conferidas en un poder general, por lo que se había producido un uso incorrecto del mandato concedido.

Añadió que las dos demandadas tenían conocimiento de la extralimitación del poder, al haber actuado en las dos operaciones simultáneas, sabiendo que en ninguno de los dos negocios se había entregado cantidad alguna a D<sup>a</sup> Irene. Razonó que la mala fe quedaba evidenciada por las circunstancias concurrentes, tales como: que las dos escrituras se hicieron el mismo día que se había otorgado el poder en otra notaría; que en la de opción se indicaba que no era la vivienda de la concedente pese a tener ella allí su residencia; el precio irrisorio en que se fijó el valor de la vivienda y el garaje; y que luego, en documento ulterior, se dijera que ya se había pagado el precio del ejercicio de la opción.

La demandante invocó como fundamento de la acción de nulidad los arts. 1261 CC (falta de consentimiento), arts. 1714 y 1727 (falta de vinculación del mandante de lo actuado por el mandatario que traspasa los límites del mandato), art. 1303 CC (efectos de la nulidad), art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 (nulidad de los contratos de préstamo usurarios), y art. 7 CC (ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y abuso de derecho).

4.-La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al entender que no había quedado acreditado el exceso de poder alegado por la demandante, a quien correspondía la carga de haber aportado la escritura de apoderamiento (cosa que no había hecho), en virtud del principio de facilidad probatoria y de la carga de la prueba (art. 217 LEC).

El juzgado razonó: i) que la demandante no había aportado al procedimiento la escritura de apoderamiento por la que autorizaba a su hijo a intervenir en su nombre, por lo que era preciso acudir a otros elementos probatorios para valorar la suficiencia del poder; a estos efectos consideró, en primer lugar, que el notario autorizante de las escrituras impugnadas había indicado en las mismas que había examinado el poder y que lo juzgaba suficiente y que D. Amador, empleado de la financiera que puso en contacto a las partes para realizar las operaciones, que estuvo presente en la notaría, declaró que en el momento de otorgar las escrituras el notario comprobó los poderes; ii) que no hay elemento probatorio que permita acreditar que no fuera la voluntad de D<sup>a</sup> Irene la de realizar actos dispositivo sobre su vivienda habitual, único bien con el que cuenta.

De manera complementaria, advirtiendo que todo ello eran suposiciones, dada la falta de aportación del poder, pero que eran argumentos que podían reforzar la inexistencia de exceso de poder, el juzgado añadió: i) que de la misma forma que las demandadas, al

declarar en juicio, manifestaron haber otorgado el poder para que las representaran sus hijos, también era posible que la demandante hubiera confiado en las actuaciones del suyo, por lo que la simple declaración de la demandante de que nunca tuvo intención de realizar actos dispositivo sobre su vivienda no acreditaba tal extremo; ii) que si bien es cierto que el acto dispositivo sobre la vivienda habitual de la actora valora su precio muy por debajo del mercado, D. Amador manifestó que fue D. Gines quien acudió a su entidad en busca de financiación ante su precaria situación económica, por lo que es razonable pensar que su madre quisiera colaborar con su patrimonio para aligerar la situación económica de D. Gines; iii) que, aunque es cierto que puede ser llamativo que el mismo día se otorgara el poder en la notaría de Font d'en Carrós y las escrituras de préstamo y opción de compra en una notaría de Valencia, la premura podía tener justificación en la necesidad económica de D. Gines, de forma que le era urgente obtener financiación, y de ahí la sucesión de actos; añadió que se trataba de "dos operaciones vinculadas por necesidad dada la naturaleza de toda la operación", por lo que no cabía observar una complejidad notable ni una pluralidad de actos.

5.-La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por D<sup>a</sup> Irene. La Audiencia estima el recurso y declara la nulidad de las actuaciones y negocios realizados por D. Gines en representación de D<sup>a</sup> Irene. La Audiencia concluye, tras valorar la prueba:

"a) Como se desprende de las dos escrituras formalizadas en fecha 23 de julio de 2013, tanto la de opción de compra como la de préstamo, interviene D. Gines por sí y en representación de su madre, D<sup>a</sup> Irene, haciendo uso del poder general conferido en escritura autorizada por el Notario de La Font den Carrós, D. Lorenzo Talens Grau, el 23 de julio de 2013, cuyas facultades representativas fueron suficientes para el notario autorizante al resultar conferida: "las de vender o enajenar bienes inmuebles, aun incidiendo en autocontrato o doble o múltiple representación", y en la segunda la de "tomar dinero a préstamo"; b) Ambas escrituras se otorgaron ante el mismo notario autorizante, D. Vicente Tomas Bernat y tienen número de protocolos consecutivos NUM000 y NUM003, y responden a una misma operación financiera como se desprende del testimonio prestado por D. Amador que intermedió en la operación, declarando que la escritura de opción era la garantía constituida para el cumplimiento de la obligación de devolver el préstamo y que ambos negocios estaban relacionados entre sí; c) La vivienda y plaza de garaje sobre la que se ejercita la opción de compra es la

habitual de la demandante, tiene un valor superior a los 100.000 € por lo que con independencia del principio de libertad de pactos no hay causa que justifique un precio de opción de 12.212 €, si no es porque constituye la garantía frente al préstamo, 24.000 €, y aun así situaría la operación en un importe inferior al 50% del valor de mercado de la vivienda; d) La demandante no ha autorizado la enajenación de la vivienda y plaza de garaje ni se presume una tácita autorización".

La Audiencia, tras reconocer la eficacia probatoria de los documentos públicos, añade que es preciso aplicar la jurisprudencia sobre el exceso de poder y que la cuestión controvertida excede de la verificación de la facultad consignada en el poder que autoriza a disponer y gravar inmuebles, al ser exigible una autorización o mandato expreso. Según la Audiencia, en el caso, se debe partir de dos hechos relevantes:

"i) que el préstamo y la opción de compra están causalmente relacionados y constituyen un acto de disposición y gravamen sobre un inmueble de especial importancia cuantitativa; ii) que los demandados no acreditan que en el destino dado al principal del préstamo la demandante haya resultado beneficiada como propietaria de la mitad indivisa y del usufructo de un tercio de la otra mitad".

A continuación, la Audiencia resume algunas sentencias sobre la nulidad de los contratos celebrados por extralimitación del poder: i) que la extralimitación debe determinarse atendiendo principalmente a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación a las circunstancias concurrentes (sentencia 51/2000, de 27 de enero); ii) que cuando el mandato tiene por objeto actos de disposición es menester que se designen específicamente los bienes sobre los cuales el mandatario puede ejercitar dichas facultades, y no es suficiente con referirse genéricamente al patrimonio o a los bienes del mandante (sentencia de pleno de 540/2010, de 26 de noviembre); iii) que el mandato representativo cuyo poder se refiere a un acto o actos de disposición solo alcanza a un acto concreto cuando este ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada, y no es suficiente referirse genéricamente al patrimonio o a los bienes del mandante (sentencia de 687/2013, de 6 de noviembre).

La Audiencia concluye que:

"si se aplica dicha doctrina a la figura del mandato expreso (art. 1714 CC), entre los que se encuentra la enajenación y ejecución de actos de riguroso dominio, la conclusión a la que se llega es que se produce una

extralimitación en el uso del poder por falta de consentimiento cuando se hace uso y sin estar expresamente autorizado se constituye un gravamen o se realiza un acto de disposición sobre la vivienda propiedad de la demandante de la que no existe prueba que fuera beneficiaria del principal del préstamo".

6.-Las demandadas interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Terminan suplicando que, con estimación de los recursos, se anule la sentencia recurrida y se dicte nueva sentencia confirmando la del juzgado.

SEGUNDO. -Recurso por infracción procesal.

El recurso por infracción procesal se funda en tres motivos y los tres van a ser desestimados.

1.-Motivos y razones del primer motivo. Se denuncia, al amparo del art. 469.1, apartados 2.º y 4.º LEC, la infracción del art. 218.2 LEC, así como del art. 24 CE, al no ajustarse el tribunal en la valoración de la prueba a las reglas de la lógica y la razón, dando lugar a conclusiones manifiestamente irrazonables.

En su desarrollo razona que la sentencia no ha valorado las escrituras aportadas, en las que el notario autorizante consideró suficiente el poder y, por el contrario, sin que haya prueba de ello, y en contra de las amplias facultades conferidas a su hijo, concluye que la demandante no tenía la voluntad de realizar actos dispositivos sobre la vivienda.

2.-Desestimación del primer motivo. Este motivo no puede ser estimado porque, prescindiendo ahora de la corrección de su razonamiento, la Audiencia no niega que el notario hiciera constar en las escrituras de préstamo y de opción de compra que el representante actuaba en virtud de poder suficiente, sino que lo que hace es considerar que la suficiencia formal del poder no basta para la validez del negocio celebrado con el tercero. La eficacia del juicio de suficiencia realizado por el notario no es materia de infracción procesal, sino en su caso objeto del recurso de casación, por referirse a una cuestión de fondo en función de la interpretación de normas materiales. En consecuencia, el motivo no puede estimarse.

3.-Motivos y razones del segundo motivo. Al amparo del art. 469.1, apartado 3.º LEC, denuncia la infracción del art. 376 LEC, por prescindir totalmente la sentencia de la Audiencia de las circunstancias que concurrieron en la declaración del testigo D. Amador, infringiendo con ello los actos y garantías que rigen el proceso.

En su desarrollo razona que el empleado de la financiera que intermedió la operación confirmó que "el notario autorizante comprobó en su presencia que el poder empleado por D. Gines era apto para realizar los negocios jurídicos (...) en nombre de su madre".

4.-Desestimación del segundo motivo. Con independencia, como ya hemos dicho, de que no es esa la razón por la que la sentencia estima que los negocios celebrados en representación de D<sup>a</sup> Irene son nulos, es evidente que el juicio de suficiencia de la representación efectuada por el notario tiene reconocida legalmente por sí misma una eficacia que deriva de la dación de fe que se atribuye a este funcionario público, por lo que nada añadiría la declaración de un testigo. En consecuencia, el motivo no puede estimarse.

5.-Motivos y razones del tercer motivo. Al amparo del art. 469.1, apartado 4.º LEC, denuncia infracción del art. 24 CE, por errónea valoración de la prueba y en particular de los documentos seis y siete acompañados con la demanda, documentos origen del procedimiento, y que han sido declarados nulos respecto de la actuación de la Sra. Irene.

En su desarrollo razona que se ha producido una valoración errónea, ilógica e irracional, en contra de lo manifestado por el notario y por el testigo que estuvo presente en la firma.

Añade que, sin haberse aportado tasación alguna sobre la vivienda, la sentencia considera que tiene un valor superior a los 100.000 euros, cuando realmente es una vivienda vieja y pequeña. También dice que las demandadas no pueden probar el destino del préstamo ni ese puede ser el fundamento para apreciar extralimitación en las facultades del poder.

6.-Desestimación del tercer motivo. Por lo que se refiere al juicio de suficiencia del poder ya hemos dicho al desestimar los dos primeros motivos de este recurso por infracción procesal que es cuestión jurídica, propia del recurso de casación.

Por lo que se refiere a la atribución a la vivienda, sin prueba, de un valor superior a 100.000 euros, hay que advertir que este defecto está íntimamente conectado con el recurso de casación y, en atención a la respuesta que se va a dar al mismo, carece de relevancia.

Ciertamente, la sentencia no explicita como debiera las razones que le llevan a hacer esa afirmación y, en buena medida, el que la vivienda valga mucho más que el precio por el que podía ser adquirida mediante la opción es uno de los datos que llevan a la Audiencia a concluir que la demandante no otorgó el poder con la finalidad con la que se ejerció.

Con todo, el motivo no va a ser admitido por falta de efecto útil. Ello por cuanto, aunque prosperara este motivo que denuncia valoración errónea, ilógica o irracional, partiendo de los datos aportados por la sentencia y de los hechos no discutidos por las partes procedería mantener el fallo de la sentencia recurrida

(SSTS 409/2019, de 9 de julio, 233/2014, de 28 de abril, 677/2013, de 6 de noviembre, 640/2013, de 25 de octubre, de 20 de septiembre de 2012, rec. n.º 442/2010, y 28 de junio de 2012, rec. n.º 75/2010).

En efecto, las demandadas aducen ahora en su recurso de casación que se trata de una vivienda vieja, pequeña, en mal estado de conservación y en una zona barata y deprimida. Sin embargo, no han negado ni discutido en las instancias los datos en los que ha venido insistiendo la demandante desde su escrito rector y que aparecen recogidos en la escritura en la que se otorgó la opción de compra por un precio total de 12.212 euros de una vivienda que se describe como de una superficie superior a los 116 metros cuadrados, que consta de comedor-salón, cuatro dormitorios, cocina, baño, aseo, acceso y uso al patio de luces y a una terraza de 88 metros cuadrados, junto con una plaza de garaje. Por eso, si bien es cierto que no se ha practicado prueba, a partir de lo que consta en las actuaciones puede afirmarse que es notorio que la vivienda tiene un precio de mercado superior a los 12.212 euros. Ello, unido a que la demandante cifró la cuantía del pleito en 130.000 euros, que es la cantidad en la que ha venido fijando el precio de mercado de la vivienda, sin que las demandadas impugnaran la cuantía del pleito, da lugar a que rechazemos que sea irracional la valoración de la Audiencia. En definitiva, no tiene relevancia cuánto valiera la vivienda, sino que es un hecho notorio que vale mucho más que el precio que se fijó en el contrato de opción.

TERCERO. -Recurso de casación.

1.-Planteamiento del recurso de casación. El recurso de casación se funda en un motivo único estructurado en dos submotivos en los que se denuncia: "1. Infracción por violación de la jurisprudencia sobre: 1.1. La necesidad de poder específico para enajenar o gravar bienes art. 1713 del Código Civil. 1.2. Interpretación de extralimitación del poder".

En síntesis, alega que está acreditado que el hijo de la demandante actuó con los poderes que la madre le otorgó el mismo día de la firma de las escrituras y que el poder no obra en las actuaciones, pero el notario dio fe de que era suficiente para otorgar las escrituras. En su desarrollo, argumenta que el art. 1713 CC no exige que el mandato para enajenar especifique los bienes que se pueden enajenar. Añade que la relación interna entre mandante y mandatario, cuando este ha actuado dentro de las facultades que le han sido conferidas, no pueden perjudicar al tercero.

2.-Consideraciones preliminares. Antes de entrar a analizar los motivos del recurso, y a la vista de las cuestiones jurídicas planteadas, la sala considera conveniente realizar unas consideraciones

preliminares acerca, en primer lugar, del poder expreso para enajenar y, en segundo lugar, acerca del ejercicio abusivo del poder.

2.1. Suficiencia del poder. La sentencia recurrida, con cita de las sentencias 540/2010, de 26 de noviembre, y 687/2013, de 6 de noviembre, reitera algunas afirmaciones acerca de la interpretación del art. 1713 CC en relación con las facultades que se confieren al apoderado, que merecen una rectificación. Según la sentencia recurrida, el poder expreso para enajenar debe especificar el objeto del acto de disposición, los bienes sobre los que el apoderado puede realizar la facultad conferida. La sala considera que esto no puede mantenerse.

Los dos primeros párrafos del art. 1713 CC disponen: "El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. "Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso".

La aplicación de esta previsión legal al apoderamiento supone que, si se concede genéricamente un poder de representación y no se especifican suficientemente las facultades conferidas, el apoderado solo podrá realizar "actos de administración", pues es preciso que conste inequívocamente la atribución de facultades para "transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio". Pero si en el poder se especifica la facultad de realizar actos de "riguroso dominio" no es necesario que se especifiquen los bienes. En particular, si se documenta el poder de representación y se hace constar, entre otras, la facultad de ejecutar actos de enajenación no es preciso que, además, se especifiquen los bienes concretos a los que tal facultad se refiere. No hay ningún precepto que imponga tal exigencia que, por lo demás, no sería adecuada a la función que puede desempeñar la representación. Es suficiente que las facultades conferidas se refieran genéricamente a los bienes del poderdante.

Es oportuno recordar a estos efectos que el sentido en el que el art. 1712 CC se refiere al "mandato general o especial" (en el que "el primero comprende todos los negocios del mandante" y "el segundo uno o más negocios determinados"), no es equivalente a la distinción entre "general" y "expreso" que utiliza el art. 1713 CC. En el art. 1712 CC se está aludiendo al ámbito de los asuntos o intereses del principal, mientras que en el art. 1713 CC se alude a la naturaleza de los actos, de administración o "de riguroso dominio".

En consecuencia, no procede mantener el criterio de la sentencia 687/2013, de 6 de noviembre, según la

cual, "el mandato representativo cuyo poder viene a referirse a un acto o actos de disposición, sólo alcanza a un acto concreto cuando éste ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada". Por el contrario, la interpretación más adecuada del art. 1713 CC es que en un poder general en el que se especifican actos de riguroso dominio no es preciso que se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas.

2.2. Ejercicio abusivo del poder. La validez y suficiencia de un poder no impide que los tribunales puedan apreciar la falta de eficacia o de validez del negocio celebrado en representación cuando, en atención a las circunstancias (la relación subyacente existente entre las partes y sus vicisitudes, la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispuso y en relación a las circunstancias concurrentes, el conocimiento que de todo ello tuvo o debió tener el tercero, etc.), se haya hecho un uso abusivo del poder.

En el caso, hay indicios que llevan a la convicción de que así fue.

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

En el presente caso, a la vista de la valoración de la prueba, la sentencia recurrida llega a la conclusión, en primer lugar, de que los contratos de préstamo y opción de compra sobre la vivienda y plaza de garaje de la demandante, concertados por el hijo de esta última con las demandadas, formaban parte de una misma operación financiera en la que los mencionados bienes se ofrecían como garantía del préstamo, si bien por un importe inferior al 50% de su valor de mercado. En segundo lugar, la sentencia concluye que la demandante no autorizó la enajenación.

Partiendo de estos hechos que considera probados, las razones por las que la sentencia recurrida estima el recurso de apelación y declara la nulidad de los negocios realizados en representación de la demandante se basan, sustancialmente, en que hubo extralimitación del poder, teniendo en cuenta la intención y voluntad con la que se otorgó, la exigencia de que el poder para disponer especifique los bienes sobre los que el mandatario puede ejercer tales facultades y la falta de prueba de que la demandante fuera beneficiaria del préstamo.

Hemos dicho al resolver el tercer motivo del recurso por infracción procesal que, con independencia del precio de mercado exacto de la vivienda, lo que subyace es el hecho notorio de que su valor es muy superior al que se fijó en el contrato de opción.

Partiendo de lo anterior puede igualmente afirmarse que, a pesar de que no explicita el razonamiento, tampoco es irracional la conclusión de la Audiencia en

el sentido de que la demandante no pudo querer ofrecer su vivienda como garantía del pago de un préstamo por un importe inferior a la mitad de ese valor que se atribuye a la vivienda, por mucho que pueda admitirse que pudiera querer apoyar a su hijo a solventar su precaria situación económica.

El razonamiento de la sentencia recurrida refleja la asunción de las alegaciones vertidas por la demandante en su demanda y posteriormente en su recurso de apelación acerca de los datos que evidencian el carácter usurario de la operación. Aunque finalmente no sea la ley de usura la aplicada, son esas circunstancias las que permiten alcanzar la convicción de que la poderdante no dio su consentimiento para que el hijo dispusiera de su vivienda habitual por un precio irrisorio y en garantía de un préstamo personal cuya finalidad no ha sido puesta de manifiesto.

Estas mismas razones revelan igualmente que no concurre buena fe en las demandadas, pues las circunstancias de la operación financiera permitían conocer en el momento de la celebración de los contratos el carácter abusivo del ejercicio del poder por parte de D. Gines.

Una advertencia final. No es un obstáculo a lo que se acaba de decir que las demandadas sean también mujeres de edad avanzada que solo quieren sacar rentabilidad a su dinero y que fueran representadas por sus hijos, en los que confiaron. Aun cuando ellas fueran las destinatarias de los negocios, la mala fe de quienes las representaron es relevante y se les comunica.

Por todo lo dicho, debemos concluir que, aunque contiene afirmaciones incorrectas, pues no es preciso que el poder general en el que consta inequívocamente la facultad de enajenar especifique los bienes que el apoderado está facultado para enajenar, por todas las razones expuestas, procede mantener el fallo de la sentencia recurrida.

En el caso, nos encontramos ante un poder general con especificación de la facultad de "tomar dinero a préstamo" y de la facultad de "vender o enajenar bienes inmuebles". El problema, por tanto, no es de suficiencia del poder. Cuestión distinta es que, en atención a las circunstancias concurrentes, al concertar la operación financiera en los términos descritos mediante el otorgamiento de las dos escrituras de préstamo y opción de compra, el apoderado realizó un ejercicio incorrecto de las facultades conferidas, por lo que, por falta de efecto útil, procede desestimar el recurso de casación».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1044/2017] DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

*Contrato de préstamo hipotecario. Cuando el contrato es entre profesionales y el prestatario no tiene la condición de consumidor no proceden los controles de transparencia y abusividad, si bien podrá valorarse si la cláusula litigiosa supera el control de incorporación propio de la contratación mediante condiciones generales; control que podrá conectarse a la valoración de la buena fe contractual y a la concurrencia de abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato. En este sentido, dado que el adherente no tiene la condición de consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba, por lo que, el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, deberá acreditar la inexistencia o insuficiencia de la información y cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente.*

«El 23 de mayo de 2007, D. Camilo suscribió, como prestatario, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con Caixanova S.A. (actualmente, Abanca Corporación Bancaria S.A.), por importe de 224.000 €. En la escritura se pactó un interés variable, si bien con un suelo del 4% y un techo del 15%.

La finalidad del préstamo era la financiación de la adquisición de una licencia de taxi.

2.-El Sr. Camilo formuló una demanda contra Abanca, en la que solicitó que se declarase la nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y se condenara a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación.

3.-La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Resumidamente, consideró que, al no ser consumidor el prestatario, no procedían los controles de transparencia y abusividad, y la cláusula litigiosa superaba el control de incorporación.

4.-Recurrida la sentencia de primera instancia por la entidad bancaria, el recurso de apelación fue estimado por la Audiencia Provincial, que revocó la sentencia apelada y estimó la demanda. En lo que ahora

importa, consideró que la cláusula litigiosa causó un desequilibrio de la posición contractual del adherente y modificó subrepticamente el contenido que podría haberse representado respecto del interés acordado.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. -Primer motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba documental. Planteamiento:

1.-El primer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1-4º LEC, por infracción del art. 24 CE, en relación con los arts. 319 y 326 LEC.

2.-En el desarrollo del motivo, la parte aduce, resumidamente, que, a diferencia con lo que sucede con otros medios de prueba, la prueba documental está sometida a reglas tasadas, que imponen la consideración como prueba plena de los hechos o actos que se documenten.

De los documentos públicos y privados suscritos por las partes (escritura de préstamo, oferta vinculante), se desprende que el prestatario tuvo información sobre el interés mínimo aplicable.

Decisión de la Sala:

1.-En contra de lo que afirma el motivo, la valoración de la prueba documental no está sometida a un sistema tasado. Al contrario, la valoración de los documentos, tanto públicos como privados, debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba (sentencias 458/2009, de 30 de junio, 163/2016, de 16 de marzo, y 642/2016, de 26 de octubre), puesto que en nuestro ordenamiento procesal rige el principio de valoración conjunta de la prueba (sentencia 356/2016, de 30 de mayo).

Una cosa es el valor probatorio de los documentos en cuanto a la autenticidad, fecha o personas que intervinieron, y otra distinta la interpretación acerca del contenido de los documentos (por todas, sentencia 235/2018, de 23 de abril), puesto que la expresión "prueba plena" de los arts. 319.1 y 326.1 LEC no significa que el tribunal no deba valorar el contenido de los documentos de acuerdo con las reglas de la sana crítica y conforme al conjunto de las pruebas aportadas (sentencia 507/2019, de 1 de octubre).

2.-La valoración que hace la Audiencia Provincial sobre los documentos en que se recogieron las relaciones contractuales entre las partes es de carácter jurídico y no puede ser combatida en el recurso extraordinario por infracción procesal, sino, en su caso, en el recurso de casación.

Razones por las cuales este primer motivo del recurso extraordinario de infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO. -Segundo motivo de infracción procesal. Motivación de las sentencias. Planteamiento:

1.-El segundo motivo de infracción procesal denuncia la infracción del art. 218.2 LEC.

2.-Al desarrollar el motivo, aduce la parte recurrente que la sentencia recurrida incurre en una incoherencia interna, pues en un mismo fundamento jurídico afirma que el prestatario tuvo oportunidad de conocer la existencia de la limitación a la variabilidad del tipo de interés, para después concluir lo contrario.

Decisión de la Sala:

1.-Como hemos declarado, entre otras muchas, en las sentencias 169/2016, de 17 de marzo, y 484/2018, de 11 de septiembre, la llamada "congruencia interna" se refiere a la coherencia o correspondencia entre lo razonado y lo resuelto, a fin de que no haya contradicción entre fundamentación jurídica y fallo. Estos casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que desembocan en un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero; 140/2006, de 8 de mayo; y 127/2008, de 27 de octubre).

2.-Ahora bien, la lógica a la que se refiere el art. 218.2 LEC es la del entramado argumentativo, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda a su acierto o desacierto, ni quepa al socaire de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo. Como precisó la sentencia 705/2010, de 12 de noviembre, la exigencia del art. 218.2, in fine, LEC de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumentativa del tribunal y no a si son lógicas la interpretación jurídica y la conclusión de tal naturaleza efectuadas por la resolución recurrida, pues se trata de cuestiones de fondo propias del recurso de casación.

3.-En este caso, lo que se denuncia como incoherencia interna no es más que la disconformidad de la parte con la argumentación jurídica de la sentencia recurrida, que reconduce un problema de transparencia a una vulneración de la buena fe contractual. Lo que, en su caso, tendrá cabida en el recurso de casación, pero no este recurso estrictamente procesal.

4.-Por lo que este segundo motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

Recurso de casación.

CUARTO. -Primer motivo de casación. Control de incorporación de las condiciones generales de la contratación. Planteamiento:

1.-El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 5.5 y 7 b) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

2.-En el desarrollo del motivo, la recurrente alega, resumidamente, que, la sentencia hace un doble control de transparencia, improcedente en un contrato en el que el adherente no es un consumidor.

Decisión de la Sala:

1.-Aunque es cierto que, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta sala, en los contratos celebrados bajo condiciones generales de la contratación en los que los adherentes no son consumidores no resultan procedentes los controles de transparencia y abusividad, sino únicamente el control de incorporación, la Audiencia Provincial no ha infringido los arts. 5.5 y 7 b) LCGC, puesto que el control de incorporación que efectúa sobre la cláusula litigiosa es correcto. Y, precisamente, es favorable al predisponente, en cuanto que afirma que supera dicho control.

2.-Razón por la que este primer motivo de casación debe ser desestimado.

QUINTO. -Segundo motivo de casación. Buena fe contractual. Planteamiento:

1.-El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 8.1 LCGC, en relación con las sentencias de esta sala 367/2016, de 3 de junio, y 57/2017, de 3 de febrero.

2.-En el desarrollo del motivo, el recurrente sostiene, resumidamente, que en un contrato entre profesionales no cabe el control de contenido sobre un elemento esencial, como es el precio. Tampoco hay prueba de que el prestamista incurriera en abuso de posición dominante o vulnerase la buena fe contractual.

Decisión de la Sala:

1.-En esta fase procesal no puede ser discutido ya que el demandante carecía de la cualidad legal de consumidor, porque dicho pronunciamiento ha quedado firme. De donde resulta la improcedencia de los controles de transparencia y abusividad, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; y 414/2018, de 3 de julio; entre otras).

2.-En la demanda únicamente se ejercitó una acción de nulidad por falta de transparencia, pese a lo cual, la Audiencia declara la nulidad de la cláusula por contravención de la buena fe contractual, con invocación de los arts. 1256 y 1258 CC y 57 CCom.

Al margen de los problemas de incongruencia, por alteración de la causa petendi, que ello pueda

conllevar, que no podemos tratar por no haber sido denunciados en el recurso extraordinario por infracción procesal, como en la demanda no se mencionó la nulidad por esta causa, no se argumentó al respecto, ni se formuló prueba al efecto, no hay base para decidir sobre el particular.

Como declaramos en la sentencia 57/2017, de 30 de enero:

"Con la limitación que conlleva el control sobre el precio (interés remuneratorio), en el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las "cláusulas sorprendentes" (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato.

"Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.

"Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden

haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente".

3.-En este caso, no consta que concurren tales circunstancias y lo ocurrido es que la Audiencia Provincial reconduce su argumentación a la buena fe contractual para hacer realmente unos controles de transparencia y abusividad improcedentes en un contrato entre profesionales, como demuestra que, al final, el elemento determinante de su argumentación sea el desequilibrio de la posición contractual del adherente. Cuando el desequilibrio entre las posiciones de las partes es justamente la esencia de la abusividad (art. 82.1 TRLCU), que incorrectamente se acaba declarando.

4.-En consecuencia, el segundo motivo de casación debe ser estimado y al asumir la instancia, por los mismos razonamientos, debemos desestimar el recurso de apelación formulado por el demandante y confirmar la sentencia de primera instancia».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3135/2017] DE 5 DE DICIEMBRE DE 2019 [Ponente: M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán]**

*Contrato de compraventa de participaciones preferentes: los efectos restitutorios de la nulidad por vicio del consentimiento. La nulidad produce efectos retroactivos, como si el contrato no se hubiera celebrado nunca y, puesto que lo entregado en cumplimiento de un contrato nulo o anulado carece de causa, la ley ordena la restitución recíproca de lo entregado por cada una de las partes: el cliente puede exigir la devolución del capital invertido y a cambio debe restituir los títulos. Los intereses deben calcularse desde el momento en que se hizo el pago que se restituye, es decir, desde que el cliente hizo la entrega del dinero. El cliente, a su vez, debe restituir los abonos de rendimientos efectuados por la entidad y debe abonar también los intereses legales sobre dichos rendimientos desde cada una de las liquidaciones. Conforme a estas reglas, las obligaciones de restitución recíproca de ambas partes habrán de compensarse hasta la cantidad concurrente.*

«Los ahora recurrentes interpusieron una demanda contra Bankia S.A. en la que solicitaban que se declarara la nulidad del contrato y de la orden de compra de las participaciones preferentes y de la cuenta de valores asociada a la compra por vicio en el consentimiento y error en el objeto de los contratos, así como la nulidad de la recompra de las acciones de Bankia por las que fueron canjeadas las

participaciones preferentes. También solicitaban que se declarase la obligación de restitución de las prestaciones de conformidad con la ley y, en lo menester, la restitución a los demandantes de 100.000 euros, con la deducción de los rendimientos percibidos más los intereses legales del principal desde la fecha de formalización de los contratos como efectos de la propia nulidad (1303 CC).

2.-La demandada se opuso alegando el cumplimiento de sus obligaciones y el perfil inversor de la parte demandante, lo que excluía la existencia de cualquier tipo de vicio del consentimiento en la contratación. Añadió que, en su caso, habría actos propios, pues la parte demandante aceptó las liquidaciones que se le fueron haciendo durante la vigencia del contrato.

3.-El juzgado dictó sentencia desestimatoria de la demanda, al considerar que no había quedado acreditado el error sufrido por la parte actora. La sentencia, sin embargo, no impuso las costas por considerar que existían dudas de hecho en la valoración de los documentos y diversidad de criterios en las audiencias provinciales.

4.-La parte demandante interpuso recurso de apelación en el que reiteró sus argumentos y pretensiones deducidas en la demanda. La demandada se opuso negando que se pudiera apreciar error.

La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y revocó la sentencia en el sentido de declarar nulo el contrato de suscripción de participaciones preferentes celebrado por las partes y condenar a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora la suma de 100.000 euros, con la deducción de los rendimientos percibidos, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

La sentencia impuso a la demandada las costas de primera instancia y no impuso las de la apelación.

SEGUNDO. -Recurso de casación.

1.-Motivo y razones. Los demandantes interponen recurso de casación en su modalidad de interés casacional.

El recurso se funda en un único motivo en el que denuncian infracción del art. 1303 CC en relación con el art. 1308 CC y de la jurisprudencia de esta sala, que justifican mediante la aportación de las sentencias 270/2017, de 4 de mayo, 73472016, de 20 de diciembre, y 718/2016, de 1 de diciembre, entre otras. Solicitan que se dicte sentencia por la que se case la sentencia de la Audiencia Provincial y se acuerde "que los intereses deberán ser abonados a los demandantes/recurrentes desde la fecha de la celebración del contrato, y ello con expresa imposición de las costas procesales en primera y segunda

instancia a la parte adversa con motivo de la estimación total del "petitum" de la demanda".

2.-Alegaciones de la demandada recurrida. Bankia, demandada ahora recurrida, manifiesta expresamente que no se opone al recurso de casación, al considerar que la sentencia infringe el art. 1303 CC.

Añade que, sin embargo, la entidad ha procedido a consignar en la cuenta de los demandantes la cantidad total de 103.313,55 euros en concepto de nominal invertido, más intereses desde la suscripción, menos los rendimientos percibidos por la parte actora junto con sus intereses legales desde cada abono. En particular, alega que el 21 de abril de 2017 consignó 81.158,26 euros y el 12 de julio de 2019 la diferencia de 22.155,30 euros.

Con apoyo en lo anterior, Bankia razona que procede la inadmisión del recurso, porque la consignación realizada responde a la pretensión de la parte recurrente. Solicita el archivo del recurso sin imposición de costas a ninguna de las partes.

3.-Decisión de la sala. El problema de los efectos restitutorios de la nulidad por vicio del consentimiento en contratos de adquisición de participaciones preferentes ha sido tratado y resuelto expresamente por esta sala en numerosas ocasiones.

La sentencia 348/2019, de 21 de junio, sintetiza la doctrina de la sala (sentencias 716/2016, de 30 de noviembre, 734/2016, de 20 de diciembre, 270/2017, de 4 de mayo, 561/2017, de 16 de octubre, y 271/2019, de 17 de mayo, entre otras):

"A) La nulidad produce efectos retroactivos como si el contrato no se hubiera celebrado nunca y, puesto que lo entregado en cumplimiento de un contrato nulo o anulado carece de causa, la ley ordena la restitución recíproca de lo entregado por cada una de las partes.

"B) La obligación legal de restituir que impone el art. 1303 CC se dirige a reponer la situación anterior a la celebración del contrato nulo, por lo que las partes deben restituirse lo recibido (las cosas que hubiesen sido materia del contrato y el precio) con sus rendimientos (los frutos de las cosas, los intereses del dinero).

"C) La restitución es recíproca y las partes deben restituirse las cosas que hubieran sido objeto del contrato: de una parte, el cliente puede exigir la devolución del capital invertido y a cambio debe restituir los títulos (las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que fueron objeto del contrato o, en su caso, las acciones derivadas del canje obligatorio acordado por la comisión rectora del FROB).

"D) El incremento del capital invertido por la suma de los intereses se explica porque el paso del tiempo

desde que se entregó ha supuesto una pérdida de valor para quien pagó. Por ello los intereses deben calcularse desde el momento en que se hizo el pago que se restituye, es decir, desde que el cliente hizo la entrega del dinero.

"La situación no es equiparable al pago de intereses de demora que procede en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de una cantidad de dinero, que tienen un carácter indemnizatorio y se deben desde que se reclaman (art. 1108 CC).

"E) Declarada la nulidad del contrato, carecen igualmente de causa los abonos de rendimientos efectuados por la entidad al cliente. En consecuencia, por aplicación de las reglas anteriores, el cliente debe restituirlos y debe abonar también los intereses legales sobre dichos rendimientos desde cada una de las liquidaciones.

"Si la pérdida de valor por el paso del tiempo es la razón que justifica que el capital invertido deba incrementarse con los intereses legales desde el momento en que se entregó el dinero a la entidad, la misma razón juega para concluir que la entidad puede recuperar los rendimientos abonados al cliente incrementados por los intereses legales desde el momento que los percibió. No se trata de que el cliente pague interés del interés vencido (que, en tal caso, se debería desde que fuera reclamado, cfr. art. 1109 CC) sino de que los abonos efectuados por el banco carecen de causa y, dada la eficacia "ex tunc" de la nulidad, la restitución es debida por el cliente desde que los percibió.

"Así lo dijimos en la sentencia 716/2016, de 30 de noviembre, que declaró la obligación de los demandantes que instaron la nulidad de unos contratos de adquisición de preferentes de restituir a la entidad financiera las cantidades percibidas como rendimientos con el interés legal generado desde su cobro.

"F) Las obligaciones de restitución recíproca de ambas partes, una vez calculadas conforme a las reglas precedentes, se compensan hasta la cantidad concurrente".

Procede por tanto estimar el recurso de casación, sin que sea un obstáculo el que la recurrida alegue que ha procedido a consignar en la cuenta de los demandados las cantidades correspondientes.

En un caso semejante al presente, la sentencia 3/2018, de 10 de enero, afirmó que, si bien es cierto que el deudor tiene derecho a liberarse de su obligación y que si el acreedor se niega sin razón a admitir el pago que se le ofrece el deudor queda libre mediante la consignación (art. 1176 CC), también es cierto que, conforme al art. 1180 CC, para que se extinga la

obligación es precisa la aceptación de la consignación por el acreedor o que exista una declaración judicial de que está bien hecha (art. 99.2.II, 3, 4 y 5 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria). En el presente caso no consta ni una cosa ni otra por lo que, en definitiva, no puede afirmarse que se haya extinguido la obligación de la demandada recurrida de restituir a los demandantes las cantidades procedentes ni, en consecuencia, que el presente recurso carezca de objeto.

4.-La estimación del recurso de casación determina que deba estimarse el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante también por lo que se refiere a la restitución recíproca de las prestaciones.

En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida en el sentido de anular el pronunciamiento que condenaba a la demandada a "reintegrar a la actora la suma de 100.000 euros, con la deducción de los rendimientos percibidos, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda", y en su lugar declarar "la obligación de los litigantes de restituirse recíprocamente las respectivas prestaciones derivadas del citado contrato, incrementadas en el interés legal desde la fecha en que se efectuaron los pagos"».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3214/2016] DE 10 DE DICIEMBRE DE 2019 [Ponente: Francisco Marín Castán]**

*Contratos de compraventa de viviendas en construcción: aval bancario por las cantidades entregadas a cuenta del precio. El banco avalista ha de responder frente al comprador de la vivienda en construcción de todas las cantidades anticipadas a cuenta del precio, al margen del límite cuantitativo del aval y de si esas cantidades fueron o no ingresadas en una cuenta del promotor en la entidad avalista.*

«La única cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación es si el banco avalista demandado hoy recurrente ha de responder o no frente al comprador de una vivienda en construcción de todas las cantidades anticipadas a cuenta del precio, al margen del límite cuantitativo del aval y de si esas cantidades fueron o no ingresadas en una cuenta del promotor en dicho banco.

Los hechos relevantes para la decisión del recurso son: (i) la existencia de un aval individual de la Ley 57/1968 otorgado por Banco de Valencia S.A. (ahora Caixabank S.A.) con un límite de 1.500 euros; (ii) la entrega por el

comprador demandante de la cantidad que reclama en su demanda (72.230 euros), prevista en el contrato celebrado el 8 de junio de 2005 (cláusula Segunda, apdo. B, letra b)) y entregada a cuenta del precio de la vivienda, pero no ingresada en una cuenta de la promotora-vendedora en la entidad avalista sino en una cuenta que aquella (New Medina Villas S.L.) tenía abierta en otra entidad bancaria (Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, actualmente Bankia S.A.); y (iii) el incumplimiento de la promotora, dado que la vivienda no se llegó a construir.

SEGUNDO. -El único motivo del recurso se funda en infracción del art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 y en contravención de la doctrina contenida en las sentencias 733/2015 de 21 de diciembre, de pleno, 426/2015, de 16 de enero, y 142/2016, de 9 de marzo, sobre la responsabilidad de la entidad de crédito que admita ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de cuenta especial debidamente garantizada.

Según la entidad recurrente, dicha doctrina habría sido vulnerada porque no fue depositaria, ni en cuenta especial ni en cuenta ordinaria, de la cantidad de 72.330 euros que se le reclama, de la que solo debería responder la entidad financiera en la que dicha cantidad se ingresó, pues para responder conforme al art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 y la jurisprudencia, e incluso para responder como avalista, ya sea con base en una línea de avales, ya con base en la existencia de avales individuales, es imprescindible haber tenido conocimiento de los anticipos por su ingreso en una cuenta de la promotora en esa entidad.

El comprador demandante se ha opuesto al motivo alegando, en síntesis, que la responsabilidad legal de la entidad depositaria conforme al art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 y jurisprudencia citada en el recurso solo opera cuando no hay garantías, lo que no es el caso dada la existencia de una póliza de contraavales que determinó la emisión por la recurrente de aval individual en garantía de las cantidades anticipadas por aquel, documento además escrito en inglés que, a diferencia del aval en castellano a favor de otros compradores, no establecía como condición esencial que las cantidades se ingresaran en la entidad avalista; y que argumentos tales como que el banco demandado no podía controlar los ingresos que se realizaran en otra entidad no operan ni pueden servir de excusa al avalista.

TERCERO. -Sobre la cuestión planteada recurso la sentencia 298/2019, de 28 de mayo, declara:

"Si existe garantía (aval o seguro), esta sala viene reiterando que los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el

asegurador o avalista, aunque no se ingresen en la cuenta especial sino en otra diferente del promotor [...].

"Por tanto, cuando existe garantía la responsabilidad de la entidad avalista no es la que incumbe como depositaria a la entidad de crédito no avalista, conforme al art. 1. 2.ª, sino la derivada de dicha garantía.

"3.ª) En relación con la garantía de los anticipos la jurisprudencia ha declarado, en lo que aquí interesa:

"[...] b) Que la entidad de crédito responde de todas las cantidades anticipadas, sin que proceda respetar los límites cuantitativos del aval o de la póliza de seguro, pues la Ley 57/68 no establece límites y exige la cobertura de todas las cantidades entregadas y la integridad de los intereses legales hasta que la vivienda se entregue y cuente con "cédula de habitabilidad" o licencia de primera ocupación (sentencias 476/2013, de 3 de julio, 778/2014, de 20 de enero, 780/2014, de 30 de abril de 2015, 226/2016, de 8 de abril, y 420/2017, de 4 de julio, y 459/2017, de 18 de julio). Sobre este punto la citada sentencia 420/2017, con apoyo en la sentencia 436/2016, de 29 de junio, destaca que "la entidad avalista pudo conocer la entrega a cuenta del precio en concepto de reserva con haber requerido al promotor una copia de los contratos", argumento coherente a su vez con la Orden de 29 de noviembre de 1968 que, en relación con la garantía en forma de seguro de caución, imponía a las entidades aseguradoras el previo conocimiento de los contratos cuyos anticipos garantizasen.

"c) Que la entidad de crédito avalista en la que se ingresen cantidades anticipadas responde, aunque la cuenta identificada en el contrato como especial fuera de otra entidad bancaria diferente (sentencia 142/2016, de 9 de marzo, citada por la 436/2016, de 29 de junio)".

En aplicación de tal doctrina esta misma sentencia 298/2019, casando la sentencia recurrida, condenó al banco avalista porque su aval "no podía limitar su efectividad, por impedirlo la Ley 57/1968 según su interpretación jurisprudencial, ni en la cantidad ni en el tiempo del comienzo de su vigencia ni, en fin, por razón de la cuenta en la que se ingresaron los anticipos".

A su vez la sentencia 408/2019, de 9 de julio, razona que "mientras el garante (avalista o asegurador) normalmente responde de todos los anticipos entregados por los compradores, en cambio la entidad de crédito no garante solo responde de las cantidades que se entreguen o depositen en ella".

CUARTO. -De aplicar esa doctrina jurisprudencial al presente recurso se desprende que este ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª) La sentencia de esta sala 142/2016, de 9 de marzo, especialmente invocada en el recurso, no favorece a la entidad recurrente, porque antes del pasaje que se transcribe en el recurso, atinente a que los anticipos se ingresaron en una cuenta de la propia entidad avalista y no en la indicada en el contrato (razón 6.ª), la propia sentencia, con cita de las sentencias 476/2013, de 3 de julio, y 467/2014, de 25 de noviembre, declara que el aval debe comprender, por imperativo legal, "la totalidad de las cantidades anticipadas por el comprador y se extiende en el tiempo hasta que la vivienda se entregue y cuente con "cédula de habitabilidad" o licencia de primera ocupación" (razón 5.ª).

2.ª) Por consiguiente, la sentencia recurrida, lejos de infringir el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 y la doctrina jurisprudencial de esta sala, se ajusta plenamente a la jurisprudencia sobre la responsabilidad del garante por el total de las cantidades anticipadas con independencia de la cuenta en que se ingresen.

3.ª) En definitiva, el recurso se argumenta como si la condena de la entidad recurrente se fundara en el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968, cuando de la sentencia impugnada resulta con toda claridad que se funda en el art. 1-1.ª, es decir, en la responsabilidad de la entidad recurrente como avalista conforme a la jurisprudencia de esta sala.

4.ª) En cualquier caso conviene puntualizar que la responsabilidad del garante no es excluyente de la responsabilidad fundada en el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 ya que, según las circunstancias de cada caso, el banco que admita anticipos sin cumplir lo exigido en dicha norma puede llegar a responder solidariamente con el garante por el importe de los anticipos que hubiera admitido, como sucedió precisamente en el caso de la citada sentencia 298/2019.

5.ª) También conviene aclarar que la referencia de las sentencias 102/2018, de 28 de febrero (FJ 6. razón 2.ª), y 503/2018, de 19 de septiembre (FJ 5. razón 2.ª) a que las cantidades se ingresen en el propio banco avalista ("pero en la misma entidad bancaria") no debe entenderse como una condición para que el garante responda, sino como un reflejo de que en el caso de una de las sentencias citadas como precedentes (la sentencia 780/2014, de 30 de abril) se dio la circunstancia de que las cantidades, además, se habían ingresado "en una cuenta de la entidad bancaria, distinta de la definida como especial, pero abierta por indicación e interés de la propia entidad bancaria", razón de más ("máxime, y a mayor abundamiento")

para que en ese caso respondiera la entidad de crédito avalista por encima del límite que figuraba en los avales individuales».

**SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 358/2017] DE 11 DE DICIEMBRE DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]**

*Concurso de acreedores: créditos concursales y créditos contra la masa. Calificación del crédito del Ayuntamiento por la ejecución subsidiaria a su costa de la orden de demolición por ruina urbanística de un inmueble propiedad del deudor concursado. El crédito que pueda surgir de la ejecución forzosa no nace directamente con la obligación de hacer, sino con su incumplimiento.*

*Cuando la empresa obligada a la demolición no agota el plazo de ejecución voluntaria, sino que solicita del ayuntamiento que sea dicha administración quien ejecute la obra a costa del administrado, en ese momento nace el crédito municipal, a expensas de ulterior liquidación. Y cuando ese momento sea anterior a la declaración del concurso, el crédito debe calificarse como concursal y no como crédito contra la masa.*

«El 6 de mayo de 2013, el Ayuntamiento de Santander declaró la ruina urbanística de un inmueble propiedad de Emilio Bolado e Hijos S.L. y le concedió un plazo de dos meses para que lo demoliera.

2.-El 13 de junio siguiente, la propiedad comunicó al Ayuntamiento la imposibilidad material y financiera de acometer dicha resolución y solicitó que, en régimen de ejecución subsidiaria, procediera a la demolición a su costa.

3.-El 4 de julio de 2013, se declaró en concurso a Emilio Bolado e Hijos S.L.

4.-El 10 de julio de 2013, el Ayuntamiento de Santander dictó un decreto de demolición, en régimen de ejecución subsidiaria, del mencionado inmueble.

5.-El Ayuntamiento solicitó que el crédito resultante de dicha ejecución subsidiaria fuera clasificado como crédito contra la masa, mientras que la administración concursal sostuvo que debía ser calificado como crédito concursal.

6.-En el correspondiente incidente concursal, el juzgado del concurso consideró que se trataba de un crédito concursal, puesto que había nacido con la orden de demolición, de fecha anterior al concurso.

7.-El recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento fue estimado por la Audiencia

Provincial, que consideró que el derecho de crédito nació con el decreto que acordó la ejecución subsidiaria. En consecuencia, ordenó su reconocimiento como crédito contra la masa del art. 84.2-10º de la Ley Concursal (LC).

SEGUNDO. -Recurso de casación. Momento del nacimiento del crédito derivado de la ejecución forzosa de una obligación de hacer. Planteamiento:

1.-La administración concursal ha interpuesto un recurso de casación basado en dos motivos.

En el primero, denuncia la infracción del art. 1098 CC, en relación con el art. 98 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y los arts. 23y 24 del Reglamento de Disciplina Urbanística (Real Decreto 218/1978, de 23 de junio).

En el segundo, denuncia la infracción del art. 84.2-10.º LC, respecto de la fecha de devengo de las obligaciones nacidas de la Ley, en relación con las sentencias de esta sala 55/2011, de 23 de febrero, 504/2011, de 1 de julio, y 253/2011, de 5 de abril.

2.-Los dos motivos tienen un mismo fundamento argumental: el derecho de crédito del Ayuntamiento surgió con la orden de demolición, momento en que la administración municipal resulta acreedora de la prestación. Incluso la cuantificación económica de la ejecución subsidiaria fue anterior a la declaración de concurso.

Además, alega la recurrente que, conforme a la jurisprudencia de la sala, hay que atender al momento del devengo del crédito y no al de su exigibilidad.

3.-Como quiera que ambos motivos se refieren a una misma cuestión jurídica, se resolverán conjuntamente. Decisión de la Sala:

1.-La ejecución subsidiaria supone la realización efectiva y material del contenido resolutorio de un acto administrativo en los casos en que no se lleve a efecto de manera voluntaria por parte del obligado a ello. La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (art. 98 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos; actual art. 102 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) prevé que las administraciones públicas realizarán el acto, a costa del obligado, por sí o a través de las personas que determinen, y el importe de los gastos y los daños y perjuicios se exigirá a través del procedimiento administrativo de apremio. Dicho importe puede liquidarse de forma provisional y realizarse antes de la ejecución, a reserva de la liquidación definitiva.

La ejecución subsidiaria no incorpora ningún elemento o gravamen adicional al propio acto que trata de

ejecutarse, porque se trata de una ejecución por sustitución del obligado y a costa de éste.

2.-Estas previsiones administrativas tienen su equivalente civil en el art. 1098 CC, que regula la ejecución forzosa de la obligación de hacer, al establecer en su primer párrafo que "Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa".

Conforme a este precepto, para que proceda dicha ejecución forzosa debe haber un incumplimiento de la obligación de hacer, si bien la jurisprudencia de esta sala ha matizado que previamente debe hacerse al deudor un requerimiento de realización de aquello a que viene obligado (sentencias 707/2005, de 27 de septiembre; 49/2011, de 15 de febrero; y 601/2014, de 30 de octubre).

Al interpretar el art. 1098 CC, la sentencia de 3 de julio de 1989 declaró:

"Tan solo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego el principio *nemo factum cogi potest* y la prestación primitiva se transforma subsidiariamente en la de indemnizar, pero para que nazca esta acción de resarcimiento es indispensable que el incumplimiento sea voluntario, es decir, que se deba a dolo o culpa del deudor".

En consecuencia, el crédito que pueda surgir de la ejecución forzosa no nace directamente con la obligación de hacer, sino con su incumplimiento. Máxime si, como era el caso, el obligado contaba con un plazo de cumplimiento voluntario. Es decir, si la propietaria del inmueble hubiera cumplido la orden de demolición en el plazo concedido por el ayuntamiento, ningún crédito dinerario habría surgido a favor de éste.

3.-En el caso objeto de enjuiciamiento, se produjo una situación intermedia, puesto que la empresa obligada a la demolición no agotó el plazo de ejecución voluntaria, sino que solicitó del ayuntamiento que fuera dicha administración quien ejecutara la obra a costa del administrado. Fue ahí donde nació el crédito municipal, a expensas de ulterior liquidación. Y como quiera que esa fecha (13 de junio de 2013), fue anterior a la declaración del concurso, el crédito debe calificarse como concursal y no como crédito contra la masa.

Si, habiendo existido incumplimiento anterior a la declaración de concurso, el crédito hubiera sido ya liquidado (cuantificado en su importe), el crédito tendría cuantía propia; mientras que, si todavía no estuviera liquidado, sería contingente sin cuantía propia.

Por tanto, puesto que ya estaba cuantificado y el principal fue de 184.519,38 €, el 50% de dicha cantidad debe reconocerse como crédito con privilegio general del art. 91-4º LC y el 50% restante como crédito ordinario; mientras que los 36.903,88 € del recargo de apremio han de reconocerse como crédito subordinado del art. 92-3º LC.

4.-En consecuencia, debe estimarse el recurso de casación y, al asumir la instancia, desestimarse el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento, a fin de confirmar la sentencia de primera instancia, en los términos expuestos».

### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3634/2016] DE 12 DE DICIEMBRE DE 2019 [Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg]**

*Contrato de seguro: seguro de responsabilidad civil. Cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. Análisis de la jurisprudencia que ha establecido los criterios distintivos entre unas y otras cláusulas. Cuando la cláusula específica bajo qué circunstancias la aseguradora responderá por el asegurado en el caso de que éste haya subcontratado la actividad con terceras empresas, nos hallamos ante condiciones que pudieran esperarse como incluidas en tal modalidad de seguro, pudiendo reputarse usuales, siendo natural que la aseguradora no asuma el siniestro cuando no es ella la que elige a los subcontratistas, salvo que se declare la responsabilidad de éstos y que además carezcan de medios propios para responder del daño causado.*

«El 10 de junio de 2011, la compañía de nacionalidad austriaca Doppelmayr contrató con la entidad actora Kaufman S.A.U., la fabricación de 806,2 metros de banda transportadora para una mina de oro, en Papua (Nueva Guinea). Posteriormente, el 21 de octubre de 2011, Doppelmayr encargó a la demandante la realización de los empalmes de las bandas RopeCon del pedido anterior.

2.-Para hacer honor al compromiso asumido, Kaufman S.A.U. contrata con Iberbac, como empresa especializada, la realización del montaje. Así las cosas, el 30 de mayo de 2012, en ejecución de dicho trabajo, por parte de Iberbac se produjo un defectuoso empalme de la banda transportadora, lo que generó la paralización de la mina. El importe de los daños, que fueron abonados por la mercantil actora a

Doppelmayr, ascendieron a la suma de 260.686,98 euros.

3.-Kaufman presenta demanda, en reclamación de dicha cantidad de dinero, por considerar que el siniestro acaecido se encontraba cubierto por el contrato de seguro de responsabilidad civil, concertado con la compañía de seguros AXA, con fecha 11 de marzo de 2009, vigente a la fecha de los hechos, siendo la actividad objeto de cobertura: "Manufacturas del caucho, fabricación de bandas transportadoras y pavimentos de goma. Planta de cogeneración".

En las condiciones particulares de la póliza figuraban como objeto del seguro, entre otros, la responsabilidad civil de la explotación, responsabilidad civil patronal, responsabilidad de productos, responsabilidad civil subsidiaria de subcontratistas.

4.-Al no aceptar la compañía de seguros la cobertura del riesgo se siguió el correspondiente juicio ordinario, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ponteareas (Pontevedra), que desestimó la demanda, por considerar que la causa del siniestro no estaba cubierta por la póliza concertada, puesto que el riesgo, objeto del seguro, es la fabricación de bandas transportadoras y pavimentos de goma, pero no su colocación e instalación.

5.-Interpuesto el correspondiente recurso de apelación, su conocimiento correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que dictó sentencia desestimatoria del recurso. El tribunal consideró que la póliza cubría la instalación de las bandas, bajo la cobertura de responsabilidad civil de productos, condición especial 216, pero que, al haberse ejecutado dichos trabajos, no directamente por empleados de la demandante, sino por la subcontratista Iberbac, la cobertura del siniestro debería buscarse en la modalidad de responsabilidad civil subsidiaria de subcontratistas, según la condición especial 204 de la póliza. Dicha condición especial, literalmente transcrita, establece:

"Riesgo cubierto:

"En derogación de lo indicado en las condiciones de la póliza, y que se opongá a lo previsto en la presente cláusula, las garantías de la misma se amplían para cubrir la Responsabilidad Civil Subsidiaria que pueda atribuírsele al Asegurado, por los daños personales, materiales y perjuicios consecutivos ocasionados a terceras personas, por los subcontratistas del

Asegurado, durante el desarrollo de actividades propias al servicio del mismo.

"Esta garantía quedará supeditada a la concurrencia de los siguientes requisitos:

"Que las empresas subcontratistas sean declaradas en sentencia judicial firme civilmente responsables de los daños causados por el siniestro.

"Que, en el proceso judicial, quede acreditada la insolvencia de la empresa subcontratista para satisfacer las indemnizaciones a su cargo, así como se atribuya una obligación subsidiaria al Asegurado para indemnizar a terceros, por daños amparados en el contrato y todo ello se establezca en la sentencia judicial firme.

"Que las citadas Empresas Subcontratistas no tengan suscritas ni en vigor, ninguna póliza que les ampare contra los riesgos de la responsabilidad civil dimanante de su actividad, o si la tuvieran, el capital máximo garantizado fuera insuficiente para cubrir la indemnización derivada del siniestro en cuyo caso el Asegurador cubrirá la parte de indemnización que quedare al descubierto, pero con el límite máximo garantizado por esta póliza siempre y cuando se cumplan los requisitos especificados anteriormente.

"Esta cobertura se entenderá incluida dentro de las garantías previstas en el contrato para Responsabilidad Civil Explotación".

No obstante, desestimó la demanda, al considerar que dicha cláusula era delimitadora del riesgo y no limitativa de la cobertura pactada, razonando, en síntesis, que dicha condición especial especifica bajo qué circunstancias la aseguradora responderá por el asegurado en el caso de que éste haya subcontratado la actividad con terceras empresas, que nos hallamos ante condiciones que pudieran esperarse como incluidas en tal modalidad de seguro, pudiendo reputarse usuales, siendo natural que la aseguradora no asuma el siniestro cuando no es ella la que elige a los subcontratistas, salvo que se declare la responsabilidad de éstos y que además carezcan de medios propios para responder del daño causado.

6.-Contra dicha resolución judicial se interpuso por la mercantil demandante el presente recurso de casación por interés casacional, con la finalidad de obtener un pronunciamiento judicial, que casando la sentencia de la Audiencia considere que dicha condición especial 204 es limitativa y no delimitadora de la cobertura

suscrita. Por la compañía de seguros AXA se interesó la desestimación del recurso.

7.-El recurso se formuló, al amparo del art. 477.3 LEC, por infracción del art. 3 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, y la jurisprudencia que lo interpreta. La resolución recurrida se opone a la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006, 12 de noviembre de 2009 y 20 de abril de 2011, al entender que la cláusula 204 de las Condiciones Especiales de la póliza de seguros litigiosa es una condición delimitadora de los derechos del asegurado, por existencia notoria de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la misma cláusula.

SEGUNDO. -Causas de inadmisión del recurso de casación.

En su escrito de oposición al recurso, la compañía de seguros alegó la concurrencia de las causas de inadmisibilidad siguientes: incumplimiento de los requisitos de encabezamiento de los motivos (art. 483.2 LEC); incumplimiento de los requisitos de desarrollo de los motivos (art. 483.2 LEC), carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2. 4º LEC) y falta de acreditación de interés casacional (art. 483.2. 3º LEC).

Un orden lógico de cosas exige entrar, previamente, en el análisis de las causas de inadmisibilidad alegadas por la parte recurrida, al amparo del art. 485 II LEC. En primer término, en el encabezamiento del recurso, sí se identifica el motivo de casación esgrimido por la parte recurrente, en tanto en cuanto cita el correspondiente precepto de derecho material o sustantivo que estima infringido, concretamente el art. 3 de la LCS, así como la jurisprudencia que lo interpreta, que se reputa vulnerada, al no considerar que la condición especial 204 constituya una cláusula limitativa de los derechos del asegurado. Se explican, en el desarrollo del recurso, las razones por mor de las cuales no se le puede otorgar a dicha condición la calificación de delimitadora del riesgo pactado, lo que conforma una cuestión jurídica, perfectamente especificada, que debe ser resuelta por este tribunal, sin que el recurso interpuesto carezca manifiestamente de fundamento jurídico, con independencia o no de que deba ser estimado.

Según se dijo en la STS de Pleno núm. 232/2017, de 6 de abril:

"Hemos declarado en numerosas ocasiones que el recurso de casación exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que se traduce no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (art. 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida".

Pues bien, en el escrito de interposición del recurso de casación se identifica perfectamente la norma de derecho sustantivo que se considera infringida. Expone las razones por mor de las cuales reputa que nos encontramos ante una condición limitativa y no delimitadora de los derechos del asegurado. Cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a las pautas distintivas entre ambos tipos de condiciones, que entiende igualmente vulnerada. Individualiza, con claridad, la cuestión controvertida, sin que se cuestione la valoración probatoria de las instancias, que no cabe confundir con valoración jurídica. En fin, todo ello ha permitido a la parte recurrida oponerse al recurso, conociendo cuáles son las cuestiones relevantes para que esta sala pueda abordar la cuestión jurídica planteada (STS 408/2019, de 9 de julio).

Como señala la STS 730/2018, de 20 de diciembre, respecto a la manifiesta falta de fundamento del recurso de casación,

"[...] no hay tal cuando se invocan dos sentencias de la sala, que, prima facie, resuelven en contra de la calificación jurídica efectuada por la Audiencia Provincial. Ni tampoco se pretende la introducción de hechos nuevos o una nueva valoración probatoria, cuando lo único que se postula es una diferente conceptualización del contrato de seguro suscrito entre las partes y sus coberturas".

Es cierto que el motivo segundo del recurso de casación, por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales, no cumple las exigencias formales del art. 477.3 LEC, tal y como ha sido interpretado por este tribunal, que viene señalando que es preciso invocar al menos dos sentencias firmes dictadas por una misma sección de una Audiencia, en las que se decida colegiadamente en un sentido, y, al

menos otras dos, procedentes también de una misma sección de una Audiencia, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario, además en uno de estos dos grupos debe figurar la sentencia recurrida (AATS 10 de julio de 2019, en recurso 233/2019 y 17 de julio de 2019, en recurso 178/2019).

En el presente caso, únicamente contamos con una sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que es la recurrida, y otra de la sexta de la misma Audiencia, con sede en Vigo, de 19 de enero de 2009, que divergen en la resolución de la cuestión controvertida, así como una tercera de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, 252/2015, de 14 de septiembre, en el mismo sentido que la primera de la mentadas resoluciones, sin que las otras sentencias invocadas aborden directamente la cuestión litigiosa, que se debate en este proceso, sino que analizan otras condiciones contractuales, con respecto a las cuales no existe identidad de razón con la que constituye el objeto de este proceso. Tampoco la STS 810/2011, de 23 de noviembre, trata de la naturaleza limitativa o delimitadora de la precitada condición especial de la póliza litigiosa.

No obstante, ello no impide analizar el recurso interpuesto por interés casacional, por vulneración de la jurisprudencia de este tribunal, igualmente formulado, que versa sobre la distinción entre condiciones limitativas y delimitadoras del riesgo, que permite pronunciarnos sobre la condición especial litigiosa y su naturaleza jurídica.

En definitiva, el recurso de casación debe ser admitido en contra de lo sostenido por la entidad demandada.

TERCERO. -Análisis del recurso de casación interpuesto.

#### 1.-Consideraciones previas.

El contrato de seguro se configura como instrumento jurídico de protección del asegurado frente a determinados riesgos que operan como motivo determinante para su celebración por parte del tomador, que pretende de esta forma preservarse de ellos ante el temor de que llegaran a producirse, generándole un perjuicio. La prestación del asegurador, en esta clase de contratos, nace de dos esenciales requisitos, cuales son la percepción de la prima, por una parte; y, por la otra, que el riesgo asegurado, posible e incierto, se convierta en siniestro. La determinación del riesgo deviene pues en elemento

esencial de un contrato aleatorio como el del seguro, toda vez que condiciona la contraprestación asumida por la compañía aseguradora, que se obliga, como norma el art. 1 de la LCS, "dentro de los límites pactados".

Es necesario tener en cuenta también que los contratos de seguro forman parte de la denominada contratación seriada, mediante la utilización de la técnica de condiciones generales, que requiere prestar a los asegurados adherentes la correspondiente protección jurídica para que adquieran constancia real de los riesgos efectivamente cubiertos, por una elemental exigencia de transparencia contractual. A tal finalidad responde el art. 3 de la LCS, cual es "facilitar el conocimiento de las condiciones generales del contrato por parte del tomador" (STS 1152/2003, de 27 de noviembre). Se pretende, en definitiva, que la garantía no resulte incierta en la mente del asegurado. Es preciso, para ello, dentro de la asimetría convencional derivada de la información disímil existente entre compañía y tomador, garantizar que éste obtenga un conocimiento fidedigno del riesgo cubierto.

En este sentido, señala la STS 402/2015, de 14 de julio, del pleno que:

"En todo caso, y con carácter general, conviene recordar que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta Sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro, particularmente de la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad, que deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza".

Por su parte, el art. 8.3 de la LCS, dentro de las indicaciones, que debe contener la póliza de seguro, señala:

"Naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente".

Las condiciones particulares, especiales y generales del contrato señalan el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura de forma positiva -determinados daños- y de forma negativa -ciertos daños o, mejor, ciertas causas del daño- quedando así delimitado el riesgo,

como cláusula "constitutiva del objeto o núcleo del seguro, pues concreta exactamente hasta donde puede alcanzar la acción indemnizatoria" (SSTS 718/2003, de 7 julio y 853/2006, 11 de septiembre).

Es muy frecuente que litigios de la naturaleza que nos ocupa versen sobre la determinación de si el siniestro era objeto de cobertura por la compañía aseguradora, según los límites de la ley y del contrato.

Para la individualización del riesgo, su adecuación a los intereses de las partes y la fijación de la cuantía de la prima, se acude a la inclusión de condiciones delimitadoras y limitativas, cuya distinción, desde un punto de vista estrictamente teórico, aparece relativamente sencilla, pero que, en su aplicación práctica, no deja de presentar dificultades.

En principio, una condición delimitadora define el objeto del contrato, perfila el compromiso que asume la compañía aseguradora, de manera tal que, si el siniestro acaece fuera de dicha delimitación, positiva o negativamente explicitada en el contrato, no nace la obligación de la compañía aseguradora de hacerse cargo de su cobertura. Las cláusulas limitativas, por el contrario, desempeñan distinto papel, en tanto en cuanto producido el riesgo actúan para restringir, condicionar o modificar el derecho de resarcimiento del asegurado.

En este sentido, la STS 541/2016, de 14 de septiembre, cuya doctrina cita y ratifica la más reciente STS 58/2019, de 29 de enero, señala que:

"[...] desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas parece, a primera vista, sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido".

Las dificultades expuestas han llevado a la jurisprudencia a intentar establecer criterios distintivos entre unas y otras cláusulas. En tal esfuerzo de concreción jurídica es de obligada cita la STS 853/2006, 11 de septiembre, del Pleno de esta Sala, que señala que son delimitadoras las condiciones "[...] mediante las cuales se concreta el objeto del contrato,

fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla".

En definitiva, la precitada STS 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de este tribunal, como las SSTS 1051/2007 de 17 de octubre; 676/2008, de 15 de julio; 738/2009, de 12 de noviembre; 598/2011, de 20 de julio; 402/2015, de 14 de julio, 541/2016, de 14 de septiembre; 147/2017, de 2 de marzo; 590/2017, de 7 de noviembre, según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal o espacial.

La STS 676/2008, de 15 de julio, cuya doctrina reproduce la ulterior STS 82/2012, en el esfuerzo jurisprudencial diferenciador entre ambas clases de cláusulas, se refiere a las delimitadoras de la forma siguiente:

"[...] son, pues, aquellas mediante las cuales se individualiza el riesgo y se establece su base objetiva. Tienen esta naturaleza las que establecen "exclusiones objetivas" (STS de 9 de noviembre de 1990) de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido. No puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual (SSTS de 10 de febrero de 1998, 17 de abril de 2001, 29 de octubre de 2004, núm. 1055/2004, 11 de noviembre de 2004, rec. núm. 3136/1998, y 23 de noviembre de 2004, núm. 1136/2004)".

Para la STS 82/2012, de 5 de marzo, debe incluirse en esta categoría las relativas a la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada.

De la misma forma la STS 402/2015, de 14 de julio, perfilando igualmente los contornos de dichas condiciones, precisa que:

"[...] responden a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o en coherencia con el uso establecido, evitando delimitarlo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza (SSTS de 25 de octubre de 2011, 20 de abril de 2011, 18 de mayo de 2009, 26 de septiembre de 2008 y 17 de octubre de 2007)".

El papel que, por el contrario, se reserva a las cláusulas limitativas radica en restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido (SSTS de 16 de mayo y 16 octubre de 2000, 273/2016, de 22 de abril, 520/2017, de 27 de septiembre, 590/2017, de 7 de noviembre). En palabras de la STS 953/2006, de 9 de octubre, serían "las que empeoran la situación negocial del asegurado".

Un criterio distintivo utilizado para determinar el concepto de cláusula limitativa, es referirlo con el contenido natural del contrato, esto es "[...] del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora" (SSTS 273/2016, de 22 de abril, 541/2016, de 14 de septiembre y 147/2017, de 2 de marzo). En este sentido, se atribuye la condición de limitativa a la cláusula sorpresiva que se aparta de dicho contenido (STS 58/2019, de 29 de enero). En el mismo sentido, se expresa la STS 715/2013, de 25 de noviembre, cuando precisa que "[...] incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado".

Muy gráficamente lo explica la STS 273/2016, de 22 de abril, cuando bajo el epígrafe expectativas razonables del asegurado, señala:

"Cuando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen -es decir, que no le sorprendan- y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa [...] Precisamente cuando hay contradicción entre las cláusulas que definen el riesgo y las que lo

acotan es cuando puede producirse una exclusión sorprendente".

En definitiva, cuando una determinada cobertura de un siniestro es objetiva y razonablemente esperada por el asegurado, por constituir prestación natural de la modalidad de seguro concertado, es preciso que la restricción preestablecida cuente con la garantía adicional de conocimiento que implica el régimen de las cláusulas limitativas, por lo que la eficacia contractual de las condiciones sorpresivas queda condicionada a las exigencias del art. 3 LCS.

Las consecuencias de dicha diferenciación devienen fundamentales, dado que las cláusulas delimitadoras, susceptibles de incluirse en las condiciones generales para formar parte del contrato, quedan sometidas al régimen de aceptación genérica sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativas (SSTS 366/2001, de 17 de abril; 303/2003, de 20 de marzo; 14 de mayo 2004, en recurso 1734/1998; 1033/2005, de 30 de diciembre): mientras que éstas últimas deben cumplir los requisitos previstos en el art. 3 LCS; esto es, estar destacadas de un modo especial y ser expresamente aceptadas por escrito, formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (SSTS 516/2009, de 15 de julio; 268/2011, de 20 de abril; 541/2016, de 14 de septiembre; 234/2018, de 23 de abril; 58/2019, de 29 de enero; 418/2019, de 15 de julio), y que además han de concurrir conjuntamente (SSTS 676/2008, de 15 de julio; 402/2015, de 14 de julio y 76/2017, de 9 de febrero).

Así, dentro de la casuística jurisprudencial, se han declarado como delimitadoras, en un seguro de accidentes, la exclusión de la cobertura por el daño que pueda sufrir el asegurado en calidad de conductor o pasajero de ciclomotores o motocicletas cualquiera que sea su cilindrada (STS 294/2009, de 29 de abril); la que establece, en un contrato de seguro de incendio y explosión, la regla valorativa del interés asegurado, es decir la forma de calcular el daño sufrido (STS 953/2006, 9 de octubre); la que excluye de la cobertura de un seguro de daños los causados por actos de sabotaje (STS 5/2004, de 26 de enero); la cláusula que excluía los riesgos derivados de "robo, hurto o uso indebido, así como los daños materiales a consecuencia de tales hechos", en un contrato de responsabilidad civil de un taller de reparación de vehículos (STS 325/2003, de 27 de marzo); las de delimitación del marco geográfico de la cobertura en

un caso de seguro de robo de un coche (STS 215/2002, de 8 de marzo); las de subsidiariedad, en las que la compañía de seguros únicamente presta la cobertura para el supuesto en el que los daños o la responsabilidad no esté cubierta por otro seguro (STS 244/2005, de 14 de abril); el límite máximo indemnizatorio a la cantidad de 18.000 euros, en un seguro de daños (STS 71/2019, de 5 de febrero); o, por ejemplo, las que atribuyen tal condición jurídica a las condiciones particulares relativas a "capital máximo por siniestro" (SSTS 15 de julio de 2008, rec. 1839/2001; 11 de septiembre de 2006, rec. nº 3260/1999; 27 de marzo de 2012, rec. nº 1553/2009 entre otras).

Por su parte, la STS 730/2018, de 20 de diciembre, delimita el ámbito del riesgo cubierto por el seguro de responsabilidad civil de explotación, para mantener que únicamente se cubren los daños causados a terceros, pero no los ocasionados en el mismo objeto sobre el que el profesional asegurado realiza su actividad, al ser este último riesgo propio del seguro de responsabilidad civil profesional. En el mismo sentido, la STS 741/2011, de 25 de octubre entre otras.

Se consideraron, sin embargo, limitativas las cláusulas de exclusión de los daños causados por conducción en estado de embriaguez en un seguro voluntario de responsabilidad civil derivada de un accidente de tráfico (SSTS 86/2011, de 16 de febrero; 402/2015, de 14 de julio; 404/2016, de 15 junio; 234/2018, de 23 de abril o más recientemente 418/2019, de 15 de julio); en el seguro voluntario de accidentes, la determinación de la indemnización por incapacidad permanente mediante un porcentaje sobre el capital garantizado en función del grado de invalidez y secuelas, expresado en una tabla contenida en las condiciones generales, en contradicción con las condiciones particulares, en las que únicamente figura una cifra fija, como importe de la indemnización (STS 543/2016, de 14 de septiembre); condición general de exclusión por deudas tributarias de los administradores de una sociedad mercantil, en un seguro de responsabilidad civil (STS 58/2019, de 29 de enero); "caída de bultos en las operaciones de carga y descarga", en un contrato de seguro de transporte (STS 273/2016, de 22 de abril); cláusula exonerativa de responsabilidad de la aseguradora por el robo de mercancía en espacios o recintos sin la debida vigilancia, en un seguro de transporte (STS 590/2017, de 7 de noviembre). Por imperativo legal y conforme a reiterado criterio jurisprudencial, las cláusulas claim

made se consideran limitativas (STS Pleno 252/2018, de 26 de abril), hallándose en la actualidad expresamente previstas en el art. 73 II de la LCS, bajo dicha calificación jurídica.

## 2.-Decisión del Tribunal.

Con fundamento en la doctrina jurisprudencial antes expuesta hemos de desestimar el recurso de casación interpuesto.

En este caso, nos encontramos ante un contrato de seguro de responsabilidad civil, definido por el art. 73 de la LCS, como aquel en virtud del cual:

"[...] el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho".

La finalidad de esta clase de seguros consiste pues en la protección del asegurado, ante la eventualidad de la responsabilidad en que pueda incurrir frente a terceros. La correlativa obligación de resarcimiento del asegurador, para dejar patrimonialmente indemne al asegurado, se encuentra condicionada a la producción del siniestro que, durante la vigencia del contrato, sea consecuencia de la realización de un riesgo, que no se encuentre debidamente excluido de cobertura, sino abarcado por la misma, bajo los requisitos legalmente exigibles; es decir "dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato".

En el supuesto litigioso, objeto de recurso de casación, nos hallamos ante un seguro de responsabilidad civil, que cubre distintas modalidades de cobertura, como la responsabilidad civil de la explotación, responsabilidad civil patronal, responsabilidad de productos, responsabilidad civil subsidiaria de subcontratistas, entre otras.

Según consta en las condiciones particulares de la póliza, la actividad objeto del seguro es: "Manufacturas del caucho, fabricación de bandas transportadoras y pavimentos de goma. Planta de cogeneración". No se plantea el recurso sobre la extensión del seguro de la responsabilidad civil de la explotación, sino exclusivamente sobre el seguro de responsabilidad civil subsidiaria.

La sentencia de la Audiencia, en pronunciamiento no cuestionado, considera que el contrato suscrito, en la modalidad responsabilidad civil de productos (mundo entero, salvo USA/Canadá y Méjico), según cláusula especial nº 216, con una indemnización por siniestro y periodo de 1.200.000 euros, cubriría los daños causados por productos, sobrevenidos después de la entrega, que tengan "[...] por hecho generador un vicio propio del producto o un error cometido durante ... su montaje".

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, los daños causados por un defectuoso montaje de las bandas no proceden de trabajos directamente ejecutados por la actora a través de sus propios trabajadores, sino de una tercera empresa autónoma, que efectuó su instalación por encargo de la demandante. La actora, una vez abonado voluntariamente el perjuicio sufrido por la entidad compradora, considera, en su condición de asegurada y tomadora del seguro, que el siniestro acaecido se encontraba cubierto dentro de la modalidad de responsabilidad civil subsidiaria pactada, al considerar limitativos los requisitos exigidos, en la condición especial 204, para que nazca la obligación de la compañía de seguros de hacerse cargo de los daños previamente indemnizados.

En las condiciones particulares de la póliza consta que serán aplicadas a este contrato las condiciones generales modelo 301022, las condiciones especiales modelo C3100108 y entre otras la cláusula especial número 204, en la que se explicita la garantía litigiosa.

Igualmente, en las propias condiciones particulares, con respecto a dicho riesgo asegurado, figura consignado en negrilla: "responsabilidad civil subsidiaria de subcontratistas: según cláusula 204", por siniestro, 1.200.000 euros.

La condición especial 204, a la que expresamente remiten las condiciones particulares, aparece redactada en los términos antes transcritos, en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, y su interpretación no ofrece dudas que determinen la aplicación de la doctrina de las cláusulas oscuras del art. 1288 del CC (interpretación contraproferentem, STS 373/2019, de 27 de junio, entre otras).

Pues bien, si tenemos en cuenta que la cobertura pactada ha sido la responsabilidad civil subsidiaria de subcontratista, definida contractualmente, en la condición especial 204 como aquélla que, en derogación de lo indicado en las condiciones de la póliza, "[...] pueda atribuírsele al Asegurado, por los

daños personales, materiales y perjuicios consecutivos ocasionados a terceras personas, por los subcontratistas del Asegurado, durante el desarrollo de actividades propias al servicio del mismo", supeditada a la concurrencia de los requisitos, que dicha condición establece acto seguido, sin solución de continuidad ni fractura convencional, relativos a que la empresa subcontratista sea declarada civilmente responsable por sentencia judicial, insolvente y que no tenga suscrita ninguna póliza que la ampare o que, si la tuviera, el capital máximo garantizado fuera insuficiente para cubrir la indemnización derivada del siniestro, debe ser calificada como delimitadora del riesgo, en tanto en cuanto lo define e individualiza, coherentemente y no de forma contradictoria con el objeto del seguro, sin entrar en contradicción con las condiciones particulares, pues en éstas expresamente se señala "responsabilidad civil subsidiaria de subcontratistas: según cláusula 204".

Por otra parte, los requisitos requeridos para el nacimiento de la cobertura no pueden reputarse como cláusulas sorprendentes, sino naturales al tipo de cobertura pactada, que no es una responsabilidad directa, que obligue a responder de actos de otros como los dependientes o empleados (art. 1903 CC) o solidaria, indistintamente con otros sujetos (arts. 1137 y 1144 CC); sino de naturaleza subsidiaria, que opera, por lo tanto, para el supuesto de que se deba responder por cuenta del autor material del daño, verdadero responsable del siniestro, de manera no principal, sino en defecto del causante, y siempre además que el subcontratista no pueda hacerse cargo de los daños por falta de capacidad económica para ello. No se responde pues por el hecho de otro, sino por la responsabilidad del otro, en el caso de imposibilidad de éste.

Por lo tanto, no podemos calificar la cláusula 204 de limitativa de derechos, sino delimitadora de la cobertura, ya que establece los riesgos asumidos por la aseguradora. No los limita o restringe, sino que los determina, fijando su ámbito de aplicación. En tan esencial función delimitadora no se aparta del contenido natural o usual de un seguro de tal clase, ni entra en abierta contradicción con la práctica del sector. En definitiva, no podemos estimar frustradas las expectativas razonables del asegurado, de manera que quedara vacío de contenido el objeto del contrato. No cabe concluir, por ende, que la cláusula especial 204 sea sorprendente, de forma que merezca el tratamiento jurídico de las limitativas, con los requisitos acumulativos de resultar especialmente

destacada en la póliza y amparada por la firma del asegurado para desenvolver su eficacia contractual.

La STS 244/2005, de 14 de abril, señaló que:

"[...] por lo que hace referencia al examen directo de la cláusula, procede resaltar que las expresiones de "subsidiariedad" (que se aplica a la responsabilidad dispuesta para sustituir a otra principal, o anterior, en caso de fallar ésta), existencia de "otros seguros que amparen los mismos riesgos" y operatividad una vez "agotadas las garantías que corresponda de dichos seguros citados en primer lugar" son jurídicamente claras y dotadas de la suficiente inteligibilidad para excluir la tacha de oscuridad.

"Finalmente debe señalarse, por un lado, que la cláusula de que se trata no tiene la naturaleza de las limitativas de los derechos de los asegurados, sino que es claramente delimitadora del alcance del riesgo, y por consiguiente con el régimen jurídico de las que ostentan este carácter (SS., entre otras, 9 febrero 1.994, 10 febrero 1.998, 18 septiembre 1.999, 16 mayo y 16 octubre 2.000, 2 febrero 2.001, 5 marzo 2.003, 2 marzo 2.005)".

Por todo ello, el recurso interpuesto ha de ser desestimado».