

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 99

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

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26 DE MARZO DE 2020 [Asunto C-66/19]

Contratos de crédito al consumo. Dentro de la información que debe especificarse en un contrato de crédito sujeto a la Directiva 2008/48/CE, figura el modo de computar el plazo de desistimiento establecido. El plazo y demás condiciones para el ejercicio de ese derecho de desistimiento debe ponerse en conocimiento del consumidor de forma clara y concisa.

«Marco jurídico.

Derecho de la Unión.

Los considerandos 8 a 10, 14 y 31 de la Directiva 2008/48 enuncian:

«(8) Es importante que, para garantizar la confianza de los consumidores, el mercado les ofrezca un grado de protección suficiente. [...]

(9) Una armonización total es necesaria para garantizar que todos los consumidores de la Comunidad se beneficien de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para crear un auténtico mercado interior. En este sentido, los Estados miembros no deben poder mantener o introducir disposiciones nacionales distintas a las previstas por la presente Directiva [...]

(10) [...] La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros, conforme al Derecho comunitario, apliquen las disposiciones de la misma a aspectos que no pertenezcan a su ámbito de aplicación. Por lo tanto, un Estado miembro podría mantener o adoptar normas nacionales que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de sus disposiciones en materia de contratos de crédito al margen del ámbito de aplicación de la presente Directiva, por ejemplo en materia de contratos de crédito para cantidades inferiores a 200 [euros] o superiores a 75 000 [euros]. Por otra parte, los Estados miembros también podrían aplicar las disposiciones de

la presente Directiva a los créditos vinculados que no se ajusten a la definición de contrato de crédito vinculado contenida en la presente Directiva. [...]

[...]

(14) Conviene excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva los contratos relativos a la concesión de un crédito que esté garantizado por una hipoteca sobre un inmueble, dado que este tipo de crédito tiene un carácter muy específico. Asimismo, aquellos contratos de crédito cuyo propósito consista en financiar la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o edificios existentes o por construir deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva. No obstante, no podrán excluirse del ámbito de aplicación de la presente Directiva los contratos relativos a la concesión de un crédito únicamente porque el objetivo sea la renovación o el aumento del valor de un inmueble ya existente.

[...]

(31) Con el fin de que el consumidor pueda conocer sus derechos y obligaciones en virtud del contrato, este debe contener toda la información necesaria de forma clara y precisa.»

A tenor del artículo 2 de esta Directiva, titulado «Ámbito de aplicación»:

«1. La presente Directiva se aplicará a los contratos de crédito.

2. La presente Directiva no se aplicará a:

- los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble;
- los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir;
- los contratos de crédito cuyo importe total sea inferior a 200 [euros] o superior a 75 000 [euros]; [...].»

El artículo 10 de dicha Directiva, titulado «Información que debe mencionarse en los contratos de crédito», establece, en su apartado 2, letra p), lo siguiente:

«El contrato de crédito deberá especificar, de forma clara y concisa, los siguientes datos:

[...]

p) la existencia o ausencia de derecho de desistimiento y el plazo y demás condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa a la obligación del consumidor de pagar el capital utilizado y los intereses de conformidad con el artículo 14, apartado 3, letra b), y el importe del interés diario».

El artículo 14 de la misma Directiva, titulado «Derecho de desistimiento», tiene la siguiente redacción en su apartado 1:

«El consumidor dispondrá de un plazo de 14 días civiles para desistir del contrato de crédito sin indicar el motivo.

Este plazo de desistimiento se iniciará:

a) en la fecha de suscripción del contrato de crédito, o bien

b) en la fecha en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información recogida en el artículo 10, si esa fecha fuera posterior a la indicada en la letra a) del presente apartado.»

El artículo 22 de la Directiva 2008/48, titulado «Armonización y carácter obligatorio de la presente Directiva», dispone en su apartado 1:

«En la medida en que la presente Directiva establezca disposiciones armonizadas, los Estados miembros no podrán mantener o adoptar en su legislación nacional disposiciones diferentes de las que en ella se estipulan.»

Derecho alemán

El artículo 492 del Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil), en su versión aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «BGB»), establecía:

«1. Los contratos de préstamo al consumo deberán celebrarse por escrito, a menos que se prescriba una forma más estricta. [...]

2. El contrato deberá incluir la información prescrita para el contrato de préstamo al consumo en el artículo 247, apartados 6 a 13, de la Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch [(Ley de Introducción al BGB), en su versión aplicable al litigio principal; en lo sucesivo, “EGBGB”].

[...]

El artículo 495 del BGB disponía:

«1. En los contratos de préstamo al consumo, el prestatario tendrá un derecho de desistimiento en los términos del artículo 355.

2. Los artículos 355 a 359a se aplicarán siempre que:

1) en lugar de la información sobre el desistimiento, figure la información obligatoria recogida en el artículo 247, apartado 6, párrafo segundo, de la EGBGB;

2) el plazo de desistimiento no comience

a) antes de la celebración del contrato ni

b) antes de que el prestatario reciba la información obligatoria recogida en el artículo 492, apartado 2; y

3) el prestatario [...] tenga que indemnizar también al prestamista por los gastos en que este haya incurrido ante entidades públicas y que no puede recuperar.»

A tenor del artículo 503, apartado 1, del BGB:

«Los artículos 497, apartados 2 y 3, frases primera, segunda, cuarta y quinta, 499, 500 y 502 no se aplicarán a los contratos en los que la puesta a disposición del préstamo esté condicionada a la constitución de una garantía real inmobiliaria y se realice en condiciones habituales para los contratos con garantía real inmobiliaria y para la financiación provisional de estos.»

El artículo 247, apartado 6, párrafo primero, de la EGBGB relacionaba la información que debía figurar en los contratos de préstamo al consumo. La demás información obligatoria que debía figurar en el contrato se recogía en el artículo 247, apartados 6, párrafo segundo, frases primera y segunda, 7 y 8, párrafo segundo (en lo relativo a los contratos con prestaciones adicionales), 12, párrafo primero, segunda frase, punto 2 (en lo relativo a los contratos vinculados y a las ayudas financieras a título oneroso), y 13, párrafo primero (cuando interviene un corredor de préstamos), de la EGBGB.

El artículo 247, apartado 9, de la EGBGB disponía que, en los contratos a los que se refiere el artículo 503 del BGB, no obstante lo establecido en los apartados 3 a 8, 12 y 13 de aquel, debía figurar obligatoriamente en la información precontractual y en el contrato de préstamo al consumo la información mencionada en el apartado 3, párrafos primero, puntos 1 a 7, 10 y 13, y cuarto, y en el apartado 8 del artículo 247. Esta disposición establecía que el contrato debía incluir además la información relativa al derecho de desistimiento contemplada en el apartado 6, párrafo segundo, de dicho artículo 247.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

En 2012, JC, en su condición de consumidor, celebró con una entidad de crédito, la Kreissparkasse Saarlouis, un contrato de préstamo con garantías reales por un importe de 100 000 euros, al tipo deudor anual del 3,61 % fijo, hasta el 30 de noviembre de 2021 (en lo sucesivo, «contrato controvertido»).

La cláusula 14 de dicho contrato, titulada «Información sobre el desistimiento», tenía el siguiente tenor:

«Derecho de desistimiento

El prestatario podrá desistir por escrito (por ejemplo, mediante carta, fax o correo electrónico) de su declaración contractual en un plazo de 14 días sin

necesidad de indicar motivo alguno. El plazo comenzará una vez celebrado el contrato, pero únicamente después de que el prestatario haya recibido toda la información obligatoria recogida en el artículo 492, apartado 2, del [BGB] (por ejemplo, información sobre el tipo de préstamo, el importe neto de este y la duración del contrato). [...]»

Mediante escrito de 30 de enero de 2016, JC declaró a la Kreissparkasse Saarlouis que desistía de su declaración contractual relativa a ese contrato.

JC interpuso posteriormente un recurso ante el Landgericht Saarbrücken (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Saarbrücken, Alemania) con el fin de que se declarara, en primer lugar, que el crédito de la Kreissparkasse Saarlouis en el marco del contrato controvertido no superaba el importe de 66 537,57 euros, calculado a 30 de abril de 2018; en segundo lugar, que la Kreissparkasse Saarlouis se encontraba en mora en la aceptación del pago de dicha cuantía y, en tercer lugar, que esta estaba obligada a indemnizar a JC por todo perjuicio resultante de la negativa a aceptar la resolución de la deuda. Con carácter subsidiario, JC solicitó que se declarara que, desde la recepción de la declaración de desistimiento, la Kreissparkasse Saarlouis dejaba de tener derecho a los intereses contractuales y a la devolución del crédito con arreglo a lo dispuesto en el contrato controvertido.

La Kreissparkasse Saarlouis solicitó la desestimación del recurso de JC alegando que lo había informado debidamente de su derecho de desistimiento y que el plazo para ejercer este derecho había expirado cuando JC decidió invocarlo.

El tribunal remitente señala que, a tenor del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2008/48, esta no se aplica a los contratos de crédito garantizados por una garantía real. Sin embargo, expone que el legislador alemán hizo uso de la facultad —enunciada en el considerando 10 de dicha Directiva— de aplicar el régimen que la misma prevé a aspectos que no pertenecen a su ámbito de aplicación, como el relativo a tales contratos. En estas circunstancias, considera que la interpretación de las disposiciones de la citada Directiva es necesaria para resolver el litigio principal y que el Tribunal de Justicia es competente para efectuar esa interpretación en el presente asunto e invoca al respecto la sentencia de 17 de julio de 1997, Giloy (C 130/95, EU:C:1997:372).

En cuanto al fondo del asunto, el tribunal remitente se pregunta si la referencia al artículo 492, apartado 2, del BGB en el contrato controvertido en relación con la información obligatoria que debe facilitarse al prestatario cumple lo exigido en el artículo 10,

apartado 2, letra p), de la Directiva 2008/48, a saber, que el contrato de crédito debe especificar, de forma «clara y concisa», la existencia o ausencia de derecho de desistimiento y el procedimiento para el ejercicio de dicho derecho.

En particular, el tribunal remitente señala que dicha disposición del BGB remite también a otra disposición nacional, concretamente al artículo 247, apartados 6 a 13, de la EGBGB, que, a su vez, remite a otras disposiciones del BGB. En estas circunstancias, el consumidor está obligado a recurrir, a efectos de identificar toda la información obligatoria cuya comunicación determina el momento de inicio del plazo de desistimiento del contrato, a disposiciones nacionales contenidas en distintos actos legislativos.

Además, estima que el consumidor está obligado a determinar, de conformidad con el artículo 247, apartado 9, de la EGBGB, si el contrato que ha celebrado con el profesional tiene por objeto un préstamo inmobiliario, en el sentido del artículo 503 del BGB, cuestión que, según el tribunal remitente, no puede ser resuelta por un consumidor medio sin formación jurídica.

En estas circunstancias, el Landgericht Saarbrücken (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Saarbrücken) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 10, apartado 2, letra p), de la Directiva 2008/48 en el sentido de que los datos obligatorios sobre el “plazo” o “demás condiciones para [ejercer el derecho de desistimiento]” incluyen también las condiciones para que comience a correr el plazo de desistimiento?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial:

¿Se opone el artículo 10, apartado 2, letra p), de la Directiva 2008/48 a una interpretación según la cual la información sobre el desistimiento es “clara” y “concisa” cuando, por lo que respecta al comienzo del plazo de desistimiento, no incluye todos los datos obligatorios que deben facilitarse para que comience a correr dicho plazo, sino que se remite a este respecto a una disposición nacional —en el presente caso, el artículo 492, apartado 2, del [BGB], en su versión vigente hasta el 12 de junio de 2014—, que a su vez se remite a otras disposiciones nacionales —en el presente caso, el artículo 247, apartados [6] a 13, de la [EGBGB], en su versión vigente hasta el 12 de junio de 2014—, por lo que el consumidor está obligado a leer numerosas disposiciones legales en diferentes textos legislativos para averiguar qué información obligatoria debe facilitarse para que el plazo de desistimiento

comience a correr en el caso de su contrato de préstamo?

3) En caso de respuesta negativa a la segunda cuestión prejudicial (y de que no existan objeciones de principio a una remisión a disposiciones nacionales):

¿Se opone el artículo 10, apartado 2, letra p), de la Directiva 2008/48 a una interpretación según la cual la información sobre el desistimiento es “clara” y “concisa” cuando la remisión a una disposición nacional —en el presente caso, el artículo 492, apartado 2, del [BGB], en su versión vigente hasta el 12 de junio de 2014— y la remisión que esta hace a su vez —en el presente caso, al artículo 247, apartados [6] a 13, de la [EGBGB], en su versión vigente hasta el 12 de junio de 2014— implican necesariamente que el consumidor no pueda limitarse a la mera lectura de las disposiciones y deba llevar a cabo una labor de subsunción jurídica —por ejemplo, si el préstamo le fue concedido en condiciones normales para los contratos con garantía inmobiliaria y para la financiación provisional de estos o si existen contratos vinculados— para conocer qué información obligatoria debe facilitarse para que el plazo de desistimiento comience a correr en el caso de su contrato de préstamo?»

Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

En sus observaciones escritas, el Gobierno alemán sostiene que el Tribunal de Justicia no es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas debido a que la Directiva 2008/48 no se aplica a los contratos de préstamo garantizados por garantías reales y que el legislador alemán decidió aplicar, pese a la facultad que le confería el legislador de la Unión, el régimen que establece esa Directiva a aspectos que no pertenecen a su ámbito de aplicación, como el relativo a los contratos de crédito al consumo garantizados por garantías reales, controvertido en el litigio principal.

El Gobierno alemán también expone que, antes de la adopción de la Directiva 2008/48, el Derecho alemán ya regulaba tales contratos. Dado que se estimó que esa regulación correspondía a las disposiciones de dicha Directiva, el legislador nacional únicamente consideró oportuno compilar las disposiciones referidas al crédito al consumo y al préstamo garantizado por una garantía real.

A este respecto, procede recordar que, a tenor de su artículo 2, apartado 2, letra a), la Directiva 2008/48 no se aplica a los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre

bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble.

No obstante, el legislador de la Unión ha precisado, como resulta del considerando 10 de esta Directiva, que un Estado miembro puede mantener o adoptar normas nacionales que correspondan a las disposiciones de dicha Directiva o a algunas de sus disposiciones en materia de contratos de crédito al margen del ámbito de aplicación de la misma Directiva.

Pues bien, de la resolución de remisión se desprende que el legislador alemán decidió aplicar el régimen establecido en la Directiva 2008/48 a contratos como el controvertido.

El Tribunal de Justicia se ha declarado en repetidas ocasiones competente para pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones del Derecho de la Unión en situaciones en las que los hechos del procedimiento principal se situaban fuera del ámbito de aplicación de este y eran, por lo tanto, competencia de los Estados miembros, pero en las que dichas disposiciones del Derecho de la Unión habían sido declaradas aplicables por el Derecho nacional en virtud de una remisión al contenido de aquellas (sentencia de 12 de julio de 2012, SC Volksbank România, C 602/10, EU:C:2012:443, apartado 86 y jurisprudencia citada).

El Tribunal de Justicia ha hecho hincapié, en particular, en que, cuando, para resolver una situación que no esté comprendida en el ámbito de aplicación de un acto de la Unión, una normativa nacional pretenda atenerse a las soluciones aplicadas por dicho acto, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o conceptos tomados de dicho acto reciban una interpretación uniforme (sentencia de 19 de octubre de 2017, Solar Electric Martinique, C 303/16, EU:C:2017:773, apartado 26 y jurisprudencia citada).

Por otra parte, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional solo es posible cuando resulte evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios

para responder de manera útil a las cuestiones que se le hayan planteado (sentencia de 3 de julio de 2019, UniCredit Leasing, C 242/18, EU:C:2019:558, apartado 46 y jurisprudencia citada).

Además, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, en un procedimiento prejudicial, no le corresponde pronunciarse sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni juzgar si la interpretación que hace de ellas el órgano jurisdiccional nacional es correcta, ya que tal interpretación es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales (sentencia de 3 de julio de 2019, UniCredit Leasing, C 242/18, EU:C:2019:558, apartado 47 y jurisprudencia citada).

En estas circunstancias, procede declarar que la petición de decisión prejudicial es admisible.

Sobre las cuestiones prejudiciales.

Sobre la primera cuestión prejudicial.

Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pretende que se dilucide, en esencia, si el artículo 10, apartado 2, letra p), de la Directiva 2008/48 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de la información que debe especificarse, de forma clara y concisa, en un contrato de crédito, con arreglo a esa disposición, figura el modo de computar el plazo de desistimiento establecido en el artículo 14, apartado 1, párrafo segundo, de dicha Directiva.

A tenor del artículo 10, apartado 2, letra p), de la citada Directiva, el contrato de crédito debe especificar, de forma clara y concisa, no solo «la existencia o ausencia de derecho de desistimiento» y «el plazo» de este, sino también «[las] demás condiciones para ejercerlo».

Como se desprende del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48, interpretado a la luz del considerando 31 de esta, la exigencia consistente en especificar en un contrato de crédito establecido en papel o en otro soporte duradero de forma clara y concisa la información que se indica en esa disposición es necesaria para que el consumidor pueda conocer sus derechos y obligaciones (sentencia de 9 de noviembre de 2016, Home Credit Slovakia, C 42/15, EU:C:2016:842, apartado 31).

Esta exigencia contribuye a alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva 2008/48, que consiste en establecer, en materia de crédito al consumo, una armonización completa e imperativa en un cierto número de materias clave, considerada necesaria para garantizar a todos los consumidores de la Unión un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para facilitar el desarrollo de un mercado interior eficaz del crédito al consumo (sentencia de 9

de noviembre de 2016, Home Credit Slovakia, C 42/15, EU:C:2016:842, apartado 32).

Habida cuenta de la importancia del derecho de desistimiento para la protección del consumidor, la información sobre este derecho reviste, para dicho consumidor, una importancia fundamental. Para poder aprovechar plenamente esta información, el consumidor debe conocer previamente las condiciones, el plazo y el procedimiento para el ejercicio del derecho de desistimiento (véase, por analogía, la sentencia de 23 de enero de 2019, Walbusch Walter Busch, C 430/17, EU:C:2019:47, apartado 46).

Además, la eficacia del derecho de desistimiento establecido en el artículo 14 de la Directiva 2008/48 se vería seriamente debilitada si el modo de computar el plazo de desistimiento no figurara entre las condiciones de ejercicio de ese derecho que deben mencionarse obligatoriamente en el contrato de crédito, con arreglo al citado artículo 10, apartado 2, de dicha Directiva.

A la vista de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 10, apartado 2, letra p), de la Directiva 2008/48 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de la información que debe especificarse, de forma clara y concisa, en un contrato de crédito, con arreglo a esa disposición, figura el modo de computar el plazo de desistimiento establecido en el artículo 14, apartado 1, párrafo segundo, de dicha Directiva.

Sobre la segunda cuestión prejudicial.

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pretende que se dilucide, en esencia, si el artículo 10, apartado 2, letra p), de la Directiva 2008/48 debe interpretarse, en relación con la información contemplada en el artículo 10 de esta, en el sentido de que se opone a que un contrato de crédito remita a una disposición nacional que lo haga a su vez a otras disposiciones del Derecho del Estado miembro de que se trate.

Con carácter preliminar, procede señalar que, en el litigio principal, el contrato controvertido precisa que el plazo de desistimiento comienza una vez celebrado el contrato, pero únicamente después de que el prestatario haya recibido toda la información obligatoria recogida en el artículo 492, apartado 2, del BGB. Por su parte, dicha disposición remite al artículo 247, apartados 6 a 13, de la EGBGB, que, a su vez, lo hace a otras disposiciones del BGB.

El tribunal remitente considera que la información obligatoria cuya comunicación al consumidor determina el momento de inicio del plazo de desistimiento del contrato, de conformidad con los

artículos 10, apartado 2, letra p), y 14, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2008/48, no figura, como tal, en el contrato controvertido. Estima que, por consiguiente, para identificarla, el consumidor está obligado a estudiar una multitud de disposiciones nacionales contenidas en distintos actos legislativos.

Es preciso recordar que, como se desprende del artículo 14, apartado 1, párrafo segundo, letra b), de la Directiva 2008/48, el plazo de desistimiento no se inicia hasta que la información recogida en el artículo 10 de dicha Directiva haya sido transmitida al consumidor, si esa fecha es posterior al día de celebración del contrato de crédito. El citado artículo 10 enumera la información que debe especificarse en los contratos de crédito.

Pues bien, cuando un contrato celebrado con un consumidor remite a determinadas disposiciones de Derecho nacional en relación con información cuya mención se exige en virtud del artículo 10 de la Directiva 2008/48, el consumidor no puede, sobre la base del contrato, determinar el alcance de su declaración contractual, controlar si, de conformidad con dicha disposición, figuran en el contrato que ha celebrado todos los datos exigidos ni, a fortiori, comprobar si el plazo de desistimiento del que pueda disponer se ha iniciado para él.

Por otra parte, el conocimiento y el entendimiento, por parte del consumidor, de los datos que necesariamente debe contener el contrato de crédito, de conformidad con el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48, son necesarios para la correcta ejecución de dicho contrato y, en particular, para el ejercicio de los derechos del consumidor, entre ellos, su derecho de desistimiento.

A este respecto, procede señalar que el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando una directiva en el ámbito de la protección de los consumidores establece la obligación del profesional de poner en conocimiento del consumidor el contenido de la declaración contractual que se le propone, algunos de cuyos elementos vienen determinados por las disposiciones legales o reglamentarias imperativas de un Estado miembro, ese profesional está obligado a informar al citado consumidor del contenido de dichas disposiciones (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel, C 472/10, EU:C:2012:242, apartado 29).

Así pues, no basta la mera remisión efectuada en las condiciones generales de un contrato a una disposición legal o reglamentaria que establezca los derechos y obligaciones de las partes (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 50).

Por lo tanto, en una situación como la del litigio principal, procede declarar que la remisión hecha en el contrato controvertido a las disposiciones legales nacionales, en los términos contemplados en el apartado 41 de la presente sentencia, no cumple la exigencia, mencionada en los apartados 43 a 47 de la presente sentencia, de poner en conocimiento del consumidor, de forma clara y concisa, el plazo y demás condiciones para ejercer el derecho de desistimiento, de conformidad con el artículo 10, apartado 2, letra p), de la Directiva 2008/48.

A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 10, apartado 2, letra p), de la Directiva 2008/48 debe interpretarse, en relación con la información contemplada en el artículo 10 de esta, en el sentido de que se opone a que un contrato de crédito remita a una disposición nacional que lo haga a su vez a otras disposiciones del Derecho del Estado miembro de que se trate.

Sobre la tercera cuestión prejudicial.

Habida cuenta de la respuesta dada a la segunda cuestión, no procede responder a la tercera cuestión prejudicial.

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2732/2016] DE 2 DE MARZO DE 2020 [Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán]

Contrato marco de suministro y orden de compra: resolución por incumplimiento e indemnización de daños. Interpretación de los contratos y principio de congruencia de las resoluciones judiciales.

«El origen del litigio se encuentra en la discrepancia entre las partes acerca del cumplimiento de la "orden de compra atlántica" suscrita por Acciona WP Brasil e Inneo Brasil el 26 de julio de 2012, orden que se enmarca en el "contrato de suministro plurianual" de 21 de abril de 2009, acuerdo marco bajo el que se desarrollan las relaciones entre Acciona WP e Inneo Torres y sus sociedades filiales, creadas en atención a que la operación se iba a llevar a cabo en Brasil (Acciona WP Brasil e Inneo Torres do Brasil Participações SL). En adelante, y en atención a la solidaridad entre las empresas principales y sus filiales, cuando no sea preciso distinguir, nos referiremos a las demandantes como Inneo y a las demandadas como Nordex (antes Acciona).

1.- La sentencia recurrida contiene la siguiente relación de hechos probados.

"1.º- El origen del conflicto hay que situarlo en la Orden de Compra Atlántica (en adelante orden atlántica) suscrita por Acciona Brasil e Inneo Brasil, el 26-7-2012, enmarcada en el Contrato de Suministro Plurianual de 21-4-2009, contrato marco que amparaba las relaciones entre las partes.

"2.º- La Orden Atlántica y el Contrato Plurianual entre los litigantes era el resultado del contrato de 23-3-2012 entre Acciona y la sociedad brasileña CPFL Energías Renováveis, S.A. (en adelante CPFL), para la construcción de cuatro parques eólicos, Parques Eólicos Atlántica 1, Atlántica II, Atlántica III y Atlántica IV, en Palmares do sul/Rs por el que Acciona se obligaba a entregar a CPFL cuarenta aerogeneradores, diez aerogeneradores por cada Parque Eólico, en un plazo determinado.

"3.º- Para la ejecución del suministro Acciona constituyó la sociedad Acciona Brasil e Inneo hizo lo propio con Inneo Brasil, ambas participadas al 100% por sus matrices, de manera que Acciona Brasil encargó a Inneo Brasil el suministro de cuarenta torres de hormigón.

"4.º- Las torres de hormigón debían fabricarse en el mismo parque eólico, por lo que era necesario montar una fábrica en el lugar, y para ello era preciso ejecutar una placa base o losa de hormigón, que le sirviera de cimiento, lo que no fue cumplido por Inneo Brasil a pesar de que era responsabilidad suya, por lo que solicitó a Acciona Brasil que la ejecutara ella, doc. N° 15 de la contestación y reconvencción.

"5.º- Inneo Brasil también se demoró en la ejecución de la cubierta de la fábrica. Se programó para el mes de marzo de 2013 cuando, según el planning inicial, la primera torre debía estar entregada la semana del día 5 de noviembre de 2012, doc. n° 26 de la contestación y reconvencción.

"6.º- La instalación de los pórticos grúa, también se retrasó. Inneo Brasil instaló los pórticos, necesarios para la manipulación de dovelas, con posterioridad al mes de mayo de 2013, doc. N° 31 a 33 de la contestación y reconvencción, dos meses después del vencimiento final de entrega de las torres de hormigón, que según el planning inicial debían entregarse la semana del 25 al 31 de marzo de 2013.

"7.º- También se retrasó durante meses el suministro de los puentes grúa neumáticos, necesarios para el manejo de las dovelas en la zona de acopio. Por esa razón Acciona permitió que Inneo Brasil utilizase unos puentes grúa que Acciona Brasil tenía en el parque para la instalación de los aerogeneradores, doc. 34 a 37 de la contestación y reconvencción.

"8.º- Esas circunstancias llevaron a la modificación del planning inicial, acordándose el planning final en reunión con CPFL el 9-4-2013, que concuerda con los doc. N° 38, 39, 41 y 42 de la contestación y reconvencción.

"9.º- En esa modificación influyó el retraso en el suministro de los moldes de fabricación que eran de cuenta de Acciona Brasil, pero con un matiz. La dueña de la tecnología de los moldes era Inneo 21 S.L., empresa que fue adquirida por Acciona y esta encargó a Inneo la fabricación de los moldes, de manera que Inneo Brasil fabricaba los moldes para Acciona Brasil y esta los ponía a disposición de Inneo Brasil.

"10.º- Siete de ellos se fabricaron en Italia por la empresa NOVATEC, y sufrieron daños en el transporte, y los tres restantes debían venir desde Polonia.

"11.º- La recepción de los moldes en la fábrica de Atlántica se retrasó mucho debido a la falta de entrega de proyectos y por la documentación del transporte. Estas obligaciones correspondían, exclusivamente, a Inneo doc. 45 a 51 de la contestación y la reconvencción.

"12.º- El planning final de fabricación fijó la fecha de inicio la semana del 29 de abril de 2013, y como fecha final de entrega, la semana del 5 de agosto de 2013. En ese planning se señaló con precisión el número de torres que debía ser entregado en cada semana. Este planning final dio lugar a su vez, a la modificación del planning pactado entre Acciona Brasil y CPFL, y tuvo reflejo en una adenda al contrato de suministro suscrito con CPFL, doc. N° 10 de la contestación y reconvencción.

"13.º- El 5-8-13 2013, Inneo Brasil no había terminado ninguna torre cuando debía haber entregado en esa fecha la última de las torres, y muchas de las dovelas fabricadas tenían defectos. De las 265 dovelas, fabricadas a esa fecha únicamente 94 habían pasado los controles de calidad, doc. N° 66 de la contestación y reconvencción.

"14.º- En esas circunstancias, Acciona Brasil hizo uso de la cláusula 5.3 del Plurianual, que le permitía asumir el control de fabricación, comunicándolo a Inneo Brasil, doc. N° 8 de la contestación y reconvencción.

"15.º- Tras esa comunicación de toma de control, Inneo Brasil continuó como responsable de las actividades de fabricación, pretendiendo Acciona Brasil controlar sin éxito todo el proceso de fabricación.

"16.º- Hubo sabotajes en la planta, lo que obligó a incrementar la seguridad de la fábrica, doc. N° 68 de la contestación y reconvencción, y parte de los empleados de Inneo Brasil se negaron a colaborar con Acciona Brasil.

"17.º- Acciona Brasil acudió a los Tribunales del Estado de Sao Paulo (Brasil) que en 6-9-2013 acordaron medidas cautelares a favor de Acciona Brasil, doc. N° 3 de la contestación a la demanda y reconvención, autorizando a Acciona Brasil a utilizar todos los equipos necesarios para la construcción de las dovelas; pórticos, puentes grúas neumáticos, etc., a controlar la administración de los trabajos de fabricación de las torres, con personal propio o contratado, por sí o por Inneo Brasil, y a suceder a Inneo Brasil en todos los contratos de servicios celebrados con terceros y destinados al Proyecto de Atlántica, y prohibieron a Inneo Brasil interferir en la administración de la fábrica y fabricación del producto prohibiendo a Inneo Brasil el acceso a las instalaciones y suministros.

"18.º- Acciona Brasil contrató a personal de Inneo Brasil que no estaba vinculado por ninguna prohibición de competencia, docs. N° 61 y 64 de la contestación y reconvención, e Informe de Ernst & Young, de fecha 29 de abril de 2014, págs. 25 y ss.

"19.º- Inneo Brasil fabricó defectuosamente las dovelas, y retrasó los pagos a proveedores, lo que repercutió en las labores de fabricación al retrasarse los suministros y servicios que debían realizar los suministradores, asumiendo Acciona Brasil pagos a suministradores para continuar y finalizar las obras, doc. N° 87 de la contestación a la demanda y reconvención.

"20.º- Inneo Brasil rehusó reemplazar el aval en garantía de parte del precio que recibió en concepto de anticipo. Según la cláusula 9.1.7 del Contrato de Suministro Plurianual, el aval vencía en los treinta días siguientes a la terminación de la fabricación, siendo necesario renovarlo por causa de los retrasos, pero Inneo Brasil no lo hizo.

"21.º- Acciona Brasil comunicó a Inneo Brasil en fecha 1-10-2013 la resolución contractual doc. 89 de la contestación, por retraso en la fabricación de las torres, lo que había motivado la toma de control de la fabricación".

2.- El 3 de octubre de 2013, Inneo Torres S.L. e Inneo Torres S.L. e Inneo Torres Do Brasil Participações S.A. (en adelante, Inneo) presentan demanda contra Acciona Windpower S.A. (Acciona WP), Acciona Windpower Brasil-Comercio, Industria, Exortação e Importação de Equipamentos para Geração de Energia Eólica LTDA (Acciona WP Brasil) (en la actualidad Nordex Energy Spain S.A. y Nordex Energy Brasil Comercio e Industria de Equipamentos Ltda; en lo sucesivo, Acciona o Nordex).

Las demandantes solicitaban, en síntesis, que se declarara que no procedía la toma de control de las

labores de fabricación en la fábrica de Brasil por parte de las demandadas, que estas habían incumplido lo acordado en el contrato plurianual, que se resolviera la relación contractual derivada de la petición de servicios relativa a la orden de compra atlántica y, en consecuencia, que se les indemnizara por los daños sufridos por el incumplimiento de lo pactado en el contrato plurianual en relación con la petición de servicios relativa a la mencionada orden de compra, se condenara también a abonar algunas cantidades a las demandadas e, igualmente, que se declarara que las demandantes no eran responsables de los posibles incumplimientos de las obligaciones contractuales de las demandadas con la empresa CPLF.

3.- Acciona WP y Acciona WP Brasil se opusieron a la demanda y además formularon reconvención por la que solicitaron, en síntesis, que se condenara a Inneo al pago de determinadas cantidades correspondientes a trabajos a cargo de Inneo pero que fueron asumidos por Acciona, así como que se declarara el incumplimiento contractual de Inneo y la condena solidaria a las reconvenidas a indemnizar por los daños ocasionados por tal incumplimiento.

4.- El juzgado estimó parcialmente la demanda y estimó parcialmente la reconvención, con el fallo que aparece transcrito en los antecedentes de esta sentencia.

Estimó la demanda en el único sentido de declarar que las actoras no eran responsables de los posibles incumplimientos de las obligaciones contractuales de las demandadas con CPFL, pero rechazó las demás pretensiones. La decisión del juzgado se basó, en síntesis, en que la toma de control verificada por la demandada al amparo de lo estipulado en el contrato marco resultaba procedente y justificado, atendiendo a las siguientes consideraciones: para valorar los plazos de cumplimiento hay que estar a lo previsto en la orden de compra atlántica, posteriormente modificada por acuerdo de ambas partes, y no a lo dispuesto de manera general en el previo contrato marco de suministro; la actora no cumplió los plazos; el plazo era esencial para la demandada porque influía en su propio cumplimiento de los plazos que tenía con su cliente final CPFL; objeto del contrato era la entrega de 40 torres, compuestas de las oportunas dovelas, además de una parte del montaje de las propias torres; la actora no justifica la imposibilidad de llevar a cabo lo comprometido en el plazo que aceptó, ni que no se pudieran instalar las torres por falta de elefantes o grúas, de modo que cuando acogándose a la estipulación 5.3 del contrato de suministro plurianual la demandada toma el control de la fabricación no se había construido ni entregado una sola torre, no había

dovelas para ello y muchas de las dovelas no habían pasado los controles de calidad; no queda acreditado que se hubiese pactado la entrega de unas torres equivalentes, el incumplimiento es esencial y justifica la resolución por parte de la demandada, tal y como queda acreditada de la medida cautelar adoptada en Brasil y de la ejecución de la prenda en garantía del anticipo; la demandada no impuso la contratación con Seta, por lo que no se justifica que sea causa de retraso imputada a la demandada; adoptada la medida cautelar y hecha efectiva la toma de control mejoró la fabricación; por todo ello, procede la reducción del 15% del precio de fabricación de la orden de compra, de acuerdo con la estipulación 5.3 del contrato como pena convencionalmente pactada sobre el importe inicialmente pactado. Al descartar el incumplimiento de las demandadas se declara la improcedencia de la indemnización solicitada por la actora. Se rechaza también la indemnización solicitada por el uso de la fábrica por ser la construcción y pactarse el precio por su uso, pues la demora en su utilización fue causada por el propio incumplimiento de la actora.

Por lo que se refiere a la reconvencción, el juzgado consideró: que Inneo incumplió su obligación de construir la losa de hormigón para la fábrica, por lo que debía abonar a Acciona el coste que esta asumió para su construcción; que puesto que Inneo había incumplido la orden de compra debía indemnizar a Acciona en concepto de penalización por demora pactada en la estipulación 10.3 del contrato de suministro plurianual; como consecuencia del incumplimiento de la orden de compra por parte de Inneo, debía indemnizar a Acciona por los daños correspondientes al sobrecoste de la contratación de suministros y servicios necesarios para la conclusión por Acciona de los trabajos incluidos en la orden de compra, todo ello con intereses desde la reconvencción.

5.- Recurrieron en apelación ambas partes.

Inneo impugnó: la declaración de que hubo incumplimiento por su parte que permitiera a Acciona tomar el control de las labores de fabricación; la declaración de que la losa de hormigón correspondiente a la planta de fabricación quedaba incluida entre sus obligaciones y la condena a abonar el importe de su construcción; la declaración de que había incumplido los plazos pactados en la orden de compra y en la modificación ulteriormente pactada con la consiguiente condena en concepto de penalización por demora así como al sobrecoste de la contratación de suministros y servicios por Acciona; la posibilidad de que el perito descuenta el importe de la

penalización pactada para calcular los daños correspondientes al sobrecoste de la contratación de suministros y servicios; y la condena a los intereses de todas las cantidades anteriores.

Acciona impugnó: de una parte, la estimación parcial de la demanda de Inneo, al considerar que no procedía estimar la pretensión 6, que supone una exención de responsabilidad de Inneo frente a cualquier consecuencia que de sus incumplimientos pudiera derivar en la esfera del contrato firmado entre Acciona y CPFL; de otra parte, la desestimación parcial de la demanda reconvenccional de Acciona, al considerar que la valoración de la prueba debe conducir a estimar la pretensión relativa a los costes de contratación de los antiguos empleados de Inneo, del alquiler de las grúas para el montaje de las torres de hormigón, de la contratación de la caldera así como de las penalizaciones por retraso aplicadas por CPFL.

6.- La Audiencia declaró en su fallo que desestimaba el recurso de Inneo y estimaba parcialmente el de Acciona, con la consecuencia de desestimar íntegramente la demanda de Inneo y absolver a Acciona de todas las pretensiones deducidas en su contra, fijar que las responsabilidades solicitadas por las partes tenían como límite la indemnización pactada en la cláusula 19.4 del contrato de suministro plurianual, y estimar parcialmente la reconvencción y condenar a Inneo a abonar las cantidades que aparecen transcritas en los antecedentes, con el límite de la cláusula 19.4.

El razonamiento de la sentencia es el siguiente: habiendo condenado a Inneo por incumplimiento por retraso imputable, no puede mantenerse su absolución respecto de las penas contractuales por mora impuestas a Acciona; hubo incumplimiento de los plazos de entrega por parte de Inneo, lo que permite a Acciona que tome el control de fabricación y se impongan las penas contractuales (cláusulas 5.3 y 10.3); la resistencia a que la toma de control de fabricación por Acciona fuese efectiva implica incumplimiento grave imputable a Inneo y justifica la resolución contractual de Acciona y las sanciones contractuales; de la interpretación contractual resulta que el objeto del contrato eran las torres completas, de modo que la suma de dovelas sueltas de las distintas torres, que no pueden montarse, no es cumplimiento; Acciona comunicó a Inneo el 1 de octubre de 2013 la resolución del contrato por incumplimiento, debido a los retrasos que habían llevado a la toma de fabricación; a la vista de las cláusulas del contrato, la que regula la resolución por incumplimiento es la 19.4, que fija una pena por resolución a tanto alzado en cinco millones de euros:

la 5.3 autoriza a la toma de control de la fabricación; la losa de hormigón que servía de base a la fábrica debía costearla Inneo y terminó pagándola Acciona, por lo que tiene derecho a repercutir el costo en la resolución del contrato, sin que se acepte que hubiera un pacto verbal en otro sentido; cuando se firmó el planning final ya había mora, pero como se acordó un nuevo plazo hay que estar a este, que preveía que para el 5-8-2013 debía estar terminada la última de las torres, pero a esa fecha no se había acabado ninguna, sin que en este contrato se utilizara el concepto de torres equivalentes, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de parques eólicos; a efectos del cálculo de la penalización debe estarse a la fecha en que debía entregarse la última de las torres, sin que el retraso de Inneo pueda justificarse por las condiciones del terreno ni por los trámites burocráticos, dada la condición de Inneo de profesional de la construcción de parques eólicos, y sin que sea relevante para justificar su retraso el que hipotéticamente otros elementos de los aerogeneradores no hubieran estado a tiempo; Acciona no basó su resolución en la cláusula 5.3 (que causaliza la pérdida por retraso y la toma de control de la fábrica con la pérdida de un 15%, pero no regula la resolución del contrato sino su cumplimiento, permitiendo a Acciona intervenir en la ejecución de la prestación) ni en la cláusula 10.4 (posibilidad de resolución cuando la penalización asociada al incumplimiento de plazos alcance determinado importe, que es aplicable cuando el contratista demuestre incapacidad técnica para continuar la obra y lo mejor es liquidar la obra, en este caso Acciona adquiere la obra sin indemnizar nada a Inneo), por lo que su resolución se ubica en la cláusula 19 (que entre otras causas la permite incumplimientos graves y reiterados del contrato y sus anexos y por los defectos generalizados en la ejecución de las unidades contratadas); en caso de incumplimiento imputable a Inneo la cláusula 19.4 fija la pena por resolución a tanto alzado en cinco millones de euros como cifra máxima y única sea cual sea la calidad y cantidad de los perjuicios; hay dos penas contractuales, una a la toma de control de fabricación (cláusula 5.3) y otra por demora (cláusula 10.3) que no se moderan porque el cumplimiento fue altamente defectuoso, hasta el punto que motivó la resolución del contrato; la pena de la cláusula 5.3 solo se devenga desde la toma de control a la resolución del contrato; no hay pacto de que las penas contractuales sustituyan a la indemnización de daños, por lo que son compatibles las penas contractuales con la indemnización por perjuicios a tanto alzado de la cláusula 19?, pero con el matiz de que las penas contractuales no pueden

superar la cantidad fijada a tanto alzado; por lo que se refiere a los conceptos discutidos afirma la sentencia:

"Los conceptos discutidos relativos a la preparación de una campaña de acopio, y los pagos a otra empresa Seta para la confección y reparación de las dovelas los admitiremos.

"Llegados a este punto recordaremos que, según los arts. 1101 y 1107 CC el deudor de buena fe responde de los perjuicios previstos o que pudieran preverse, y parece lógico que la desordenada ejecución de las dovelas haría necesaria una nueva zona de acopio. Recuérdese que son piezas de enorme tamaño y peso, que para su manejo son precisas grúas de gran capacidad y potencia, y transportes especiales, y que al no poderse montar las torres porque falta la dovella que precede o subsigue a las fabricadas hay que almacenarlas en algún lugar, de donde pudieran ser extraídas con cierta facilidad, a la espera de que estuvieran completas las unidades que forman una torre.

"Por los sobrecostos también estamos de acuerdo con el Juez de Instancia, es evidente que la empresa Seta tiene el deber de reparar las dovelas que fabrique, que sean defectuosas o que no pasen los controles de calidad, pero lo que no es tan evidente es que deba reparar gratuitamente las mal hechas por Inneo Brasil.

"Por último y en relación con el cálculo de los descuentos derivados de la toma de control de fabricación, a la vista de la cláusula 5.3 de Plurianual no vemos inconveniente alguno. La cláusula dice: "Inneo autoriza bajo su exclusiva responsabilidad a Acciona a tomar el control de fabricación de las torres objeto del presente contrato en la fábrica o fábricas que tengan por objeto dicha fabricación, renuncian o expresamente Inneo a partir de ese momento a un 15% del precio de fabricación de las mismas".

"Ante semejante redacción que habla de renuncia, parece que no cabe la alegación del recurrente de que debería de pedirse en la reconvenición, hay una renuncia expresa de derechos, lo que obliga a que la reconvenición parta de ella salvo que antes se hubiera declarado su nulidad. En cualquier caso, la efectividad de la cláusula 5.3 queda limitada al periodo entre la toma de control y la resolución del contrato.

"DÉCIMO TERCERO. - Tercer motivo de recurso de Acciona. Los sobrecostos.

"Por la contratación de los antiguos trabajadores de Inneo Brasil, no creemos que sea posible.

"Amén de la sucesión empresarial, que no se explica cómo no se produjo, hay algún dato más. Como dice el Juez de Instancia es una partida global, hay mucha subcontrata; la mayoría, y ese coste de trabajadores puede ser asumido dentro del 15% del beneficio al

que renunciaba Inneo Brasil según la cláusula 5.3. Dicho de otro modo sería descontar dos veces el importe.

"Por las grúas estamos de acuerdo con Acciona. El transporte de las dovelas desde la zona de acopios hasta la de montaje, y el montaje salvo el único tramo contratado con Inneo Brasil, era de cuenta de Acciona, el problema es que las grúas para el montaje son muy especiales, de alto coste de alquiler y escasas en el mercado de manera que es difícil encontrarlas en un momento determinado. Así pues la estrategia de Acciona Brasil fue la de retenerlas pagando el coste a pesar de su falta de uso, y ante la eventualidad de luego no poder tenerlas. Así pues se dará este coste, pero con las limitaciones de la cláusula 19.

"Por la caldera adicional de curado, compartimos el criterio del Juez de Instancia. No estaba prevista en las especificaciones iniciales, por lo que no entra dentro de las previsiones del art. 1107 CC".

7.- Inneo interpone recurso de casación y Acciona interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

Los recursos se interponen por la vía del art. 477.2.2.º LEC.

Recurso de casación de Inneo.

1.- Motivos del recurso de casación y admisibilidad. El recurso de casación de Inneo se funda en tres motivos. En su escrito de oposición Nordex (antes Acciona) invoca causas de inadmisibilidad a las que, por no ser absolutas, de acuerdo con la doctrina de la sala, daremos respuesta al resolver el recurso de casación.

2.- Planteamiento del primer motivo. El primer motivo denuncia infracción del art. 1257 CC porque, según explica, al revocar el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que declaró que las actoras no eran responsables en ningún caso de los posibles incumplimientos contractuales por parte de las demandadas frente a CPFL, la sentencia recurrida hace responder a las actoras de unas penalizaciones pactadas voluntariamente por las demandadas con CPFL y que las actoras ni negociaron ni asumieron.

El motivo va a ser desestimado por lo que se dice a continuación.

3.- Desestimación del primer motivo. La sentencia recurrida considera probado que el retraso de Inneo dio lugar al incumplimiento de Nordex (antes Acciona) frente a CPFL, que impuso penalizaciones a Nordex (antes Acciona). Partiendo de lo anterior, lo lógico es que la sentencia revoque el pronunciamiento del juzgado en el que se afirmaba que Inneo no era responsable, en ningún caso, de los posibles incumplimientos de Acciona frente a la empresa CPFL, sin que ello suponga infracción del art. 1257 CC, que

consagra el principio de relatividad de los contratos. Dada la interrelación entre las obligaciones asumidas en los contratos como consecuencia de la subcontratación, el incumplimiento de Inneo respecto de Acciona influía en el incumplimiento de esta última frente a CPFL. La sentencia, en definitiva, tiene en cuenta que el incumplimiento por parte de Inneo de las obligaciones asumidas frente a Acciona determinó el incumplimiento de esta última frente a CPFL, sin que ello comporte infracción del art. 1257 CC, pues no se imponen a Inneo las obligaciones de un contrato del que no fue parte, sino que se valoran las consecuencias de su incumplimiento contractual en los daños sufridos por Acciona como consecuencia de las penalizaciones que se le impusieron por no poder cumplir, a su vez, su compromiso con la empresa CPFL. El motivo, por ello, es desestimado.

4.- Planteamiento del segundo motivo. El segundo motivo denuncia infracción de los arts. 1091 y 1258 CC porque, según explica, la sentencia no se atiene a lo expresamente pactado en la cláusula 10 del contrato de suministro plurianual para el caso de incumplimiento de los plazos pactados en cada petición de servicios. En su desarrollo razona, de una parte, que la cláusula 10.3 contempla una penalización por retraso que daría lugar a exigir 1.808.651,11 reales brasileños, pero no al abono de ninguna cantidad adicional por daños y perjuicios. De otra, que la cláusula 10.4 contempla la liquidación de la obra para el caso de que Acciona resolviera, como así hizo, de modo que la propiedad era asumida por Acciona sin compensación económica para Inneo. Explica que en el momento de la toma de control de las labores de fabricación Inneo había fabricado más de un 16% de las dovelas objeto de contrato, por lo que podía retener el 15% del precio recibido como anticipo, sin que ninguna parte debiera nada a la otra. Explica también que no debe ser condenada a abonar la parte correspondiente a la fabricación de la losa de hormigón porque Acciona no le pagó el precio del contrato y, al tomar el control de la fabricación, asumió los costes de fabricación.

El motivo va a ser desestimado por lo que se dice a continuación.

5.- Desestimación del segundo motivo. El recurso adolece de una serie de defectos que le hacen acreedor de la desestimación.

De una parte, no se impugna por el cauce adecuado la interpretación del contrato realizada por la sentencia recurrida, que analiza el ámbito de aplicación de las cláusulas 10.3 y 10.4 y su relación con las cláusulas 5.3 y con las consecuencias indemnizatorias de la resolución. Para rebatir con éxito la puesta a cargo de

Inneo de las indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados y sostener que solo procede la penalización que resultaría de la aplicación de la cláusula 10 del contrato de suministro plurianual hubiera sido preciso que la recurrente impugnara adecuadamente la interpretación del contrato realizada por la Audiencia, indicando qué norma de las que regulan la interpretación contractual se ha infringido y por qué, de modo que se expliciten las razones por las que la sentencia se basa en una interpretación ilógica e irracional del contrato. No basta con este fin la afirmación de la recurrente de que el contrato preveía unas penalizaciones para el caso de retraso, pues de ello no resulta si la aplicación de tal penalización excluye toda indemnización de daños derivado del incumplimiento contractual de Inneo.

El razonamiento de Inneo, además, se basa en una interpretación del contrato diferente a la que se ha mantenido en la instancia, sin impugnarla, también por lo que se refiere a la determinación de lo que era objeto de contrato. En efecto, confirmando el criterio de la de primera instancia, la sentencia recurrida explica las razones por las que en el contrato litigioso debían entregarse torres completas y no dovelas sueltas para su posterior montaje, por lo que la alegación de Inneo acerca de la compensación de lo entregado con el anticipo cobrado tampoco desvirtúa el razonamiento de la sentencia recurrida. En el caso, es el incumplimiento de Inneo lo que justifica la imputación de la indemnización de daños. La Audiencia razona que no solo hubo retraso por parte de Inneo, sino un incumplimiento que justificó la toma de control por Acciona de la fabricación, que no se había entregado ninguna torre, y aprecia que hubo, no un mero retraso, sino un incumplimiento resolutorio imputable a Inneo. De ahí también que considere insuficiente atender a la mera pérdida del anticipo y que considere improcedente la asunción por parte de Acciona de todos los gastos de fabricación que habían sido asumidos contractualmente por Inneo, incluida la fábrica de la losa, obligación que según declara la Audiencia fue incumplida por Inneo.

El motivo, por ello, es desestimado.

6.- Planteamiento del tercer motivo. El motivo tercero denuncia infracción del art. 1152 CC porque, según explica, la sentencia recurrida considera que, a pesar de no haber pacto al respecto, la penalización pactada no sustituye a la indemnización de daños, sino que es acumulable. En su desarrollo explica que este motivo es complementario del anterior y que solo cabría condenar al abono de la penalización pactada en la cláusula 10.3 del contrato para el caso de

incumplimiento de los plazos fijados en el planning de la petición de servicios formulada al amparo del contrato de suministro plurianual.

Razona también que, si bien está de acuerdo con la sentencia recurrida en que la cláusula 19.4 del contrato plurianual impone un importe máximo al que puede ser condenada Inneo, Acciona ha reclamado tal importe en un procedimiento diferente, que en la sentencia ahora recurrida no se condena a abonar esa penalización, sino a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la falta de cumplimiento de los plazos fijados en el planning acordado, sin tener en cuenta que para ese caso las partes ya habían fijado una penalización y que la misma debe sustituir a la indemnización de daños. Añade que, en cualquier caso, los importes a cuyo abono se le condene ahora deberán descontarse en el procedimiento en el que Acciona le reclama el pago de los cinco millones de euros a que se refiere la cláusula 19.4 como cláusula penal.

El motivo va a ser desestimado por lo que se dice a continuación.

7.- Desestimación del tercer motivo. Partiendo de que en la sentencia recurrida no se le condena a pagar la penalización que resultaría de la aplicación de la cláusula 19.4 del contrato y que Acciona está reclamando el pago de esa cantidad en un procedimiento planteado con posterioridad al que ahora nos ocupa, la recurrente solicita que los importes a cuyo abono se le condene en este procedimiento se descuenten en el otro procedimiento que se sigue entre las partes. Además de ser una cuestión nueva, y precisamente porque no se ha discutido en este procedimiento la penalización que resulta de la aplicación de la cláusula 19 del contrato plurianual, carece de sentido que esta sala se pronuncie ahora sobre la necesidad de que en ese otro procedimiento se reste de la indemnización de los cinco millones que se reclaman al amparo de la mencionada cláusula lo que ahora se condene a pagar a la recurrente. Sobre la cuestión de la aplicación de la cláusula 19 en este procedimiento volveremos al resolver el recurso por infracción procesal interpuesto por Nordex (antes Acciona).

Por lo que se refiere a la infracción del art. 1152 CC debemos concluir que no hay tal pues, por las mismas razones expuestas para rechazar los dos motivos anteriores de este recurso, la recurrente no impugna la interpretación que del contrato lleva a cabo la sentencia recurrida, que analiza el diferente ámbito de aplicación de cada una de las cláusulas pactadas (para el caso de retraso de los plazos, para el caso de toma de control de la fabricación, para el caso de

resolución) y concluye que son compatibles las penas contractuales de la toma de control, la de demora de la cláusula 10.3 y la indemnización por resolución por incumplimiento prevista en la cláusula 19.

El motivo, por ello, es desestimado.

Recurso extraordinario por infracción procesal de Nordex (antes Acciona).

1.- Planteamiento de los motivos. El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en nueve motivos.

1.1. Los motivos primero, tercero y cuarto impugnan, al amparo de los arts. 477.2.2.º y 469.1.4.º LEC, pero con distintos fundamentos, la aplicación por la sentencia recurrida del límite de cinco millones de euros previsto en la cláusula 19.4 del contrato de suministro plurianual.

En el primer motivo se denuncia infracción del art. 465.5 LEC porque, según razona, a pesar de desestimar el recurso de apelación de Inneo, la Audiencia establece un límite a las cantidades que habían sido reconocidas por la sentencia del juzgado.

En el tercer motivo se denuncia infracción del art. 218.1 LEC y se razona que la sentencia incurre en incongruencia "extra petita" al pronunciarse y resolver sobre la penalización contemplada en la cláusula 19.4 del contrato pese a que las partes no lo han sometido a su consideración.

En el cuarto motivo se denuncia infracción del art. 218.2 LEC y se razona que la sentencia incurre en incongruencia interna al reconocer, por un lado, que son compatibles las penas contractuales y la indemnización de daños y perjuicios y concluir, después, que cualquier cantidad reclamada no puede superar el importe fijado en la cláusula 19.4 del contrato en concepto de cláusula penal.

1.2. Los motivos segundo y quinto, al amparo de los arts. 477.2.2.º y 469.1.2.º LEC, impugnan, con distintos fundamentos, la consideración por la sentencia recurrida de un período para el cómputo de la penalización por demora que es inferior al reconocido por la sentencia de primera instancia.

El motivo noveno, al amparo de los arts. 477.2.2.º y 469.1.4.º LEC, denuncia infracción del art. 24 CE porque, según afirma, la sentencia incurre en un error al declarar una fecha de inicio del cómputo de la penalización por demora distinta y más tardía que la considerada en la sentencia de primera instancia.

Se afirma en el motivo segundo que se infringe el art. 465.5 LEC porque la sentencia desestima el recurso de apelación de Inneo, que pretendía la supresión o reducción de la penalización por demora, de modo que confirma la condena que por este concepto hizo el juzgado pero, sin llevarlo al fallo, introduce una

consideración acerca de que el inicio de la mora se sitúa en la fecha en que debía entregarse la última torre, cuando la cantidad por la que condenó el juzgado tuvo en cuenta los cálculos aportados por Acciona, que atendían a la fecha de entrega de cada una de las torres según el planning aceptado. Explica que, a pesar de que no se ha llevado al fallo este considerando perjudica a Acciona porque Inneo podría fundar en él un recurso por infracción procesal que diera lugar, finalmente, a una reducción de la indemnización por demora concedida en primera instancia.

Según se afirma en el motivo quinto, se infringe el art. 218.2 LEC, al incurrir en un vicio de incongruencia interna, pues se rechaza el recurso de apelación de Inneo pero hace una declaración sobre el "dies a quo" de la mora que comporta una reducción del plazo que tuvo en cuenta el juzgado para condenar por la demora.

En el motivo noveno, la declaración sobre el término inicial de la mora se califica de error material que debe ser ahora rectificado.

1.3. El motivo sexto, al amparo de los arts. 477.2.2.º y 469.1.2.º LEC, por infracción del art. 218.2 LEC, denuncia incongruencia interna que concurriría, según afirma, porque la sentencia desestima la pretensión 3.8 de la demanda reconvencional a pesar de concluir que las empresas Inneo son responsables del incumplimiento que da lugar a la indemnización base de esa pretensión.

1.4. El motivo séptimo, al amparo de los arts. 477.2.2.º y 469.1.4.º LEC, denuncia infracción del art. 24 CE porque, según afirma, la sentencia infringe el derecho de contradicción y defensa de Acciona, al analizar y resolver una materia sobre la que las partes no alegaron en la instancia ni en la apelación, por lo que no tuvieron oportunidad de defenderse. Además de referirse a la aplicación de la cláusula 19.4 afirma que fue novedosa la invocación en la apelación del art. 1152 CC a la cláusula 10.4 o a la interpretación conjunta de las cláusulas 5.3 y 10.3.

1.5. El motivo octavo, al amparo de los arts. 477.2.2.º y 469.1.4.º LEC, denuncia infracción del art. 24 CE porque, según afirma, la sentencia incurre en el error de estimar la partida reclamada en la pretensión 3.6 de la demanda reconvencional por un importe distinto al realmente reclamado y acreditado.

2.- Decisión de la sala.

2.1. Estimación del primer motivo. El primer motivo debe ser estimado porque la sentencia recurrida se pronuncia sobre una cuestión que no fue sometida a su consideración.

Como dijimos en la sentencia 269/2016, de 22 de abril, con cita de otras varias de este mismo Tribunal, el recurso de apelación supone una "revisio prioris instantiae" [revisión de la primera instancia] que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa, lo que faculta al tribunal de apelación para valorar los elementos fácticos y apreciar las cuestiones jurídicas según su propio criterio, aunque con los límites que impone la prohibición de la reforma peyorativa, esto es la modificación de la sentencia apelada en perjuicio del apelante, salvo que provenga de la estimación de la impugnación del inicialmente apelado, y el principio "tantum devolutum quantum appellatum" [se transfiere lo que se apela], conforme al cual el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, como regula el art. 465.4 LEC. Ambos límites de conocimiento son manifestaciones en la segunda instancia del principio de congruencia de las sentencias, con dimensión constitucional por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a no sufrir indefensión que se proyecta en el régimen de garantías legales de los recursos (sentencias de esta Sala 927/2006, de 26 de septiembre; y 533/2009, de 30 de junio).

En el caso, Audiencia consideró aplicable un límite indemnizatorio previsto en la cláusula 19.4 del contrato plurianual que nadie había invocado en la apelación, y ni siquiera en la primera instancia, hasta el punto de que la propia recurrida, Inneo, al pedir aclaración de la sentencia afirmó que la penalización de la cláusula 19.4 del contrato de suministro plurianual "se encuentra pendiente de resolución por otro órgano judicial", en el que se solicita la resolución del contrato marco. Algo que reitera ahora en su escrito de oposición al recurso de casación de Acciona, aunque diga estar de acuerdo con la interpretación que hace la Audiencia de la cláusula 19.4

La estimación del primer motivo hace innecesario entrar a analizar los motivos tercero y cuarto, pues en los dos se cuestionaba también la aplicación de la cláusula 19.4.

Lo mismo sucede con el motivo séptimo por lo que se refiere a la aplicación de la mencionada cláusula, sin que tenga razón en cambio la parte recurrente en las alegaciones contenidas en este motivo por lo que se refiere a los razonamientos sobre la compatibilidad de las diversas cláusulas penales previstas en el contrato y la indemnización por incumplimiento, puesto que formaba parte del debate entre las partes, ya que Acciona solicitó la condena por todos los conceptos e Inneo solicitó su absolución y, para el caso de que se estimara que había incumplido los plazos de la orden

de compra que se declarara que las únicas consecuencias que se podían derivar para ella eran las previstas en la cláusula 10.3 del contrato, pero no las demás solicitadas en la demanda reconventional.

2.2. Estimación del motivo segundo. La sentencia recurrida confirma el pronunciamiento de condena de la sentencia de primera instancia relativo a la mora pactada en la cláusula 10.3 del contrato plurianual y para cuyo cálculo se había tenido en cuenta el informe pericial presentado por Acciona, que había atendido a las fechas en la que cada torre debió ser entregada. La sentencia recurrida desestima el recurso de apelación de Inneo dirigido a que se le absolviera del pago de esta penalización y en el que alegó que el incumplimiento no le era imputable y, subsidiariamente, que el cálculo no era correcto porque debía atenderse al concepto de "torres equivalentes", que tiene en cuenta el número de dovelas fabricadas y con las que pueden montarse las torres.

La sentencia rechaza que el incumplimiento del planning acordado no fuera imputable a Inneo y rechaza que, de acuerdo con el contrato, pueda estarse al concepto de "torres equivalentes"; pero, en cambio, para rechazar una de las alegaciones de Inneo sobre la imposibilidad de cumplir el cronograma acaba afirmando que el inicio de la mora se sitúa en la fecha de entrega de las últimas torres, a pesar de haber dicho con anterioridad que a efectos de la mora debe tenerse en cuenta el planning final aprobado por las partes y que en dicho planning se fijaba la semana en que debía entregarse cada torre, y que cuando debía entregarse la última de las torres Inneo no había entregado ninguna.

De esta forma, sin que se haya solicitado expresamente en el recurso de apelación de Inneo, la sentencia contiene una afirmación que empeora la situación jurídica de Acciona y, por esta razón, infringe el art. 465.4 LEC.

No es obstáculo para lo anterior que la sentencia no lleve al fallo la afirmación contenida en su fundamentación jurídica y relativa al inicio de la mora pues, habida cuenta de la existencia de otros litigios entre las mismas partes, no puede mantenerse una afirmación judicial que perjudica a Acciona y que no fue solicitada por la demandante-apelante.

La estimación del segundo motivo hace innecesario que entremos a analizar los motivos quinto y noveno, en los que, con otros argumentos, la recurrente solicita también que se deje sin efecto la afirmación contenida en la sentencia sobre el "dies a quo" de la mora.

2.3. Estimación del motivo sexto. El motivo va a ser estimado por las siguientes razones.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda de Inneo y declaró "que las actoras no son responsables en ningún caso, de los posibles incumplimientos de sus obligaciones contractuales por parte de las demandadas frente a la empresa CPFL". De esta forma, estimó únicamente la pretensión 6 de la demanda de Inneo contra Acciona, a quien absolvió de las demás pretensiones solicitadas por Inneo.

La Audiencia estima el motivo del recurso de apelación de Acciona y desestima la demanda de Inneo en su integridad. En particular, la Audiencia revoca la declaración del juzgado de que las actoras no son responsables en ningún caso de los posibles incumplimientos de las obligaciones contractuales de Acciona frente a la empresa CPFL. Esta decisión se basa en la consideración de que habiendo condenado a Inneo por incumplimiento por retraso imputable, no puede mantenerse su absolución respecto de las penas contractuales por mora impuestas a Acciona, ya que estamos ante un caso de subcontratación, con una cascada de contratos dirigida al cumplimiento de un contrato principal, y el incumplimiento de uno de ellos repercute en el incumplimiento de los demás y faculta para reclamar a los posteriores incumplidores las penalidades impuestas por el dueño de la obra. La Audiencia añadió, para estimar el recurso de Acciona y revocar la sentencia del juzgado que había estimado la pretensión 6 de la demanda de Inneo que, además, no se trataba de una condena de futuro, pues las penalizaciones estaban comunicadas y liquidadas en la audiencia previa, si bien no podría superar la cantidad a tanto alzado prevista en la cláusula 19.4 del contrato plurianual.

A pesar de este razonamiento, la Audiencia no estima la pretensión 3.8 de la demanda reconvenional de Acciona, en la que se solicitaba "la condena al pago de la cantidad correspondiente a las penalizaciones por retraso que CPFL Energías Renováveis S.A. aplique a Acciona Windpower Brasil-Comercio, Industria, Exportação e Importação de Equipamentos para Geração de Energía Eólica LTDA y que vienen motivadas por los incumplimientos de Inneo Torres Do Brasil Participações S.A."

La Audiencia denegó el complemento de sentencia solicitado por Acciona con el argumento de que ya se decía en la sentencia que jugaba el límite de la cláusula 19.4. Ya nos hemos referido a la improcedente aplicación por la Audiencia de este límite de responsabilidad, que es ahora único argumento en el que se apoya la denegación del

complemento referido a la estimación de la pretensión 3.8 de la demanda reconvenional.

Los razonamientos contenidos en la sentencia para justificar la desestimación de la pretensión 6 de la demanda de Inneo apoyan la estimación de la pretensión 3.8 de la demanda reconvenional de Acciona, por lo que es incongruente que la sentencia no estime en su fallo tal pretensión.

Se estima el motivo del recurso.

2.4. Estimación del motivo octavo. El motivo va a ser estimado por lo que decimos a continuación.

La pretensión 3.6 de la demanda reconvenional solicitaba "la condena al pago de la cantidad correspondiente al sobrecoste de la contratación de grúas por Acciona Windpower Brasil-Comercio Industria, Exportação e Importação de Equipamentos para Geração de Energía Eólica LTDA, derivado de su mayor tiempo de permanencia en obra a causa de los incumplimientos de Inneo Torres Do Brasil Participações S.A., que, a fecha 20 de noviembre de 2013 se cifra provisionalmente en 9.525.477,20 R\$ (nueve millones quinientos veinticinco mil cuatrocientos setenta y siete reales brasileños con veinte centavos), sin perjuicio de la cantidad que finalmente corresponda".

El juzgado no consideró acreditado el sobrecoste de las grúas y la Audiencia estimó el recurso de apelación de Acciona en este punto y, tras explicar las razones por las que Inneo debía asumir el sobrecoste de las grúas por el mayor tiempo de permanencia en las obras concluyó diciendo: "Así pues se dará este coste, pero con las limitaciones de la cláusula 19" y en el fallo de la sentencia se condena al sobrecoste del alquiler de las grúas por importe de 9.525.477,20 R\$".

Tiene razón la parte recurrente al denunciar error sobre el importe de la condena pues en la misma sentencia de la Audiencia, en el fundamento primero, al resumir las pretensiones de las partes se alude a la cantidad de 9.525.477,20 R\$ por el importe de las grúas en el momento en que se contesta a la demanda y se presenta reconvenición por Acciona WP el 2 de diciembre de 2013; se dice que esa cuantía se actualizó posteriormente de forma provisional en la cantidad de 13.527.651,26 R\$ en la contestación y demanda reconvenional de Acciona WP Brasil, que reflejaba una cantidad superior porque ya había pasado más tiempo (27 de diciembre de 2013) y, finalmente, tal cantidad quedó definitivamente cuantificada en la audiencia previa en el importe de 27.238.319,48 R\$ con apoyo en el Informe pericial de ERNST & YOUNG de 29 de abril de 2014, que no ha sido impugnado por la otra parte.

La Audiencia, en definitiva, incurre en un error patente al llevar al fallo la cifra fijada en el escrito inicial de la contestación y reconvenición de Acciona WP, a pesar de que en sus fundamentos consideraba indemnizable la cuantía del sobrecoste de las grúas por el mayor tiempo que fueron contratadas, que declaraba dar la razón a Acciona y que esta ha acreditado el importe real de la cantidad reclamada.

3.- Consecuencia de la estimación de los motivos del recurso por infracción procesal.

De conformidad con lo dispuesto en la disp. final 16.ª.1.7.ª LEC, la estimación del primer motivo comporta la revocación del punto 2 del fallo de la sentencia recurrida y la revocación del punto 3 del mismo fallo por lo que se refiere a la aplicación del límite establecido en la cláusula 19.4 del contrato de suministro plurianual.

La estimación del motivo segundo comporta que se ordene la supresión del inciso contenido en el fundamento undécimo de la sentencia recurrida en el que se dice que "el inicio de la mora se sitúa en la fecha en que debía entregarse la última de las torres: en 5-8-2013" y se sustituye por "el inicio de la mora, para cada torre, se sitúa en la fecha en que debía entregarse la torre correspondiente".

La estimación del motivo sexto comporta que estimemos la pretensión 3.8 de la demanda reconvenicional.

La estimación del motivo octavo comporta que revoquemos el concreto particular contenido en el punto 3.º del fallo de la sentencia recurrida por el que se cuantifica la condena solidaria de Inneo Torres e Inneo Brasil, por "el sobrecoste del alquiler de grúas" en la cantidad de 9.525.447,20 RS, y dispongamos, en su lugar, la condena solidaria a Inneo Torres e Inneo Brasil, a abonar a Acciona WP y Acciona WP Brasil, por "el sobrecoste del alquiler de grúas", la cantidad de 27.238.319,48 RS

La estimación del recurso por infracción procesal hace innecesario que entremos a analizar el recurso de casación de Acciona».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1999/2016] DE 2 DE MARZO DE 2020 [Ponente: Francisco Marín Castán]

Contrato de seguro: cláusula limitativa de derechos del asegurado inserta en las condiciones generales que no aparecen firmadas. Si las condiciones particulares se remiten a las cláusulas limitativas que aparecen en las condiciones generales que se entregan al tomador/asegurado, este deberá firmar también esas

condiciones generales; o dicho de otro modo, cuando la cláusula limitativa se incluye en las condiciones generales y no en las particulares, la firma de la remisión a las generales contenida únicamente en las particulares no es suficiente para tener por cumplidas las exigencias de la norma (art. 3 LCS).

«El presente recurso de casación se interpone en un litigio promovido por la esposa del asegurado fallecido contra la compañía de seguros con la que ambos habían suscrito un seguro que cubría, entre otros riesgos, el de fallecimiento en accidente de circulación. Desestimada la demanda en ambas instancias con fundamento en la existencia de una cláusula limitativa de derechos del asegurado inserta en las condiciones generales, a las que remitían las particulares, la controversia se reduce a determinar si en este caso la cláusula cumplía la doble exigencia legal establecida para su validez en el art. 3 LCS.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1.- Se han declarado probados o no se discuten estos hechos (fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida):

Con fecha de emisión 19 de diciembre de 2007, fecha de efecto desde las 0 h del día 21 del mismo mes y año, y fecha de vencimiento 21 de diciembre de 2008, D. Sixto y su esposa D.ª Regina suscribieron con Santa Lucía S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros (en adelante Santa Lucía o la aseguradora) un contrato denominado "Asistencia Familiar Plus" (póliza n.º NUM000, anual renovable) que, entre otros riesgos, cubría el de "Fallecimiento por Accidente" con una suma asegurada de 10.000 euros y el de "Fallecimiento por Accidente de Circulación" con el doble, 20.000 euros (folio 21 de las condiciones generales de la póliza, según copia que se aportó como doc. 3 de la demanda, y condiciones particulares cuyas copias constan aportadas como docs. 2 de la demanda y 2 de la contestación).

La página 21 del documento de condiciones generales, dentro del apartado "3. Fallecimiento por Accidente de Circulación", incluía, escrita en letra negrita de color azul y resaltada mediante un sombreado del mismo color, la siguiente cláusula:

"Salvo pacto en contrario, no tienen cobertura en la garantía de Accidentes:

[...]

"d) Las consecuencias de actos delictivos, imprudencia manifiestamente temeraria o culpa grave del Asegurado, así como los debidos a su participación en desafíos, apuestas, riñas o peleas que deriven en agresiones físicas, siempre y cuando no hubiese

actuado en legítima defensa o en tentativa de salvamento de bienes.

"[...]".

La última página del documento de condiciones particulares (folio 29 de las actuaciones de primera instancia) incluía un párrafo final que precedía a la fecha y al espacio destinado a la firma de los contratantes y tenía el siguiente tenor:

"El Tomador del seguro/Asegurado declara haber examinado detenidamente y estar plenamente conforme con el contenido de las presentes Condiciones Particulares, e igualmente de las Condiciones Generales, que reconoce recibir en el acto y en las que aparecen destacadas en negrilla las exclusiones y cláusulas limitativas de sus derechos, firmando en señal de su plena conformidad y aceptación explícita".

La firma del tomador/asegurado Sr. Sixto consta en el documento de condiciones particulares (doc. 2 de la contestación, folio 91 de las actuaciones de primera instancia). Por el contrario, no consta su firma en el documento de condiciones generales. Tampoco consta la firma de la Sra. Regina en ninguno de estos documentos.

Con fecha 18 de septiembre de 2010, encontrándose la mencionada póliza en vigor y al corriente de pago (doc. 4 de la demanda), el asegurado Sr. Sixto sufrió un accidente de tráfico a resultas del cual falleció. Según el "Informe Técnico" elaborado por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, Subsector de Granada (doc. 5 de la demanda), el accidente consistió en salida de vía de la motocicleta conducida por el asegurado y posterior impacto contra elemento ornamental metálico que rodeaba una fuente central ubicada en la intersección de dos vías urbanas ubicadas en la localidad de Cullar Vega (Granada).

En dicho informe (pág. 5) se hizo constar que el conductor carecía de licencia de conducción para ese tipo de vehículo.

En las diligencias previas incoadas por estos hechos (n.º 8004/2010 del Juzgado de Instrucción n.º 8 de Granada) se aportó dictamen del Instituto de Medicina Legal de Granada de fecha 16 de noviembre de 2010 según el cual en el momento del accidente el conductor tenía una tasa de alcohol en sangre de 1,34 gramos por litro (doc. 8 de la demanda, folio 35 de las actuaciones de primera instancia).

Mediante carta de 31 de marzo de 2011 la aseguradora rechazó el siniestro (doc. 6 de la demanda) con base en la exclusión de cobertura contenida en la cláusula limitativa antes transcrita.

La Sra. Regina denunció a un empleado de la aseguradora por supuestas coacciones consistentes en

haberle pedido que firmara un documento como condición para que la denunciante recuperara el documento original de la póliza -que ella le había entregado previamente al denunciado a requerimiento de este último-. Por estos hechos se siguió ante el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Santa Fe (Granada) juicio de faltas n.º 238/2011 que concluyó con sentencia absolutoria de fecha 23 de enero de 2012 (doc. 11 de la demanda), confirmada en apelación por sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 1.ª, de fecha 3 de diciembre de 2012 (doc. 14 de la demanda).

Encontrándose dicha causa penal en trámite, tuvo lugar entre la Sra. Regina y la aseguradora acto de conciliación que se celebró con fecha 18 de enero de 2012 sin avenencia.

2. Con fecha 16 de abril de 2013 la Sra. Regina promovió el presente litigio contra la aseguradora, solicitando su condena al pago de la suma asegurada para el caso de fallecimiento en accidente de circulación (20.000 euros), más intereses del art. 20 LCS y costas.

En apoyo de estas pretensiones alegaba, en síntesis: (i) que su esposo había fallecido en accidente de circulación ocurrido mientras el seguro estaba en vigor y al corriente de pago, riesgo cubierto con el doble de la cantidad estipulada para caso de fallecimiento por otras causas; (ii) que la aseguradora había rechazado indebidamente el siniestro con base en la exclusión de cobertura resultante de la cláusula limitativa antes mencionada, pues además de no poder equipararse el hecho de conducir con una tasa de alcohol superior a la permitida con la imprudencia temeraria ni con la culpa grave, dicha cláusula no era válida ni oponible al no cumplir los requisitos del art. 3 LCS según la jurisprudencia, toda vez que, más allá de no aparecer debidamente destacada, tampoco constaba que hubiera sido expresamente aceptada por ambos asegurados, ya que solo uno de ellos (el Sr. Sixto) firmó el documento de condiciones particulares pero no el de las generales, que es el que incluía la referida limitación de derechos, y la remisión genérica a las generales contenida en las particulares no podía considerarse suficiente a tales efectos.

3.- La aseguradora se opuso a la demanda alegando, en síntesis: (i) que la causa de fallecimiento del Sr. Sixto había sido un accidente de tráfico causado por su conducta delictiva y manifiestamente temeraria, por conducir una motocicleta sin el permiso necesario y hacerlo además bajo la influencia de bebidas alcohólicas; y (ii) que estos hechos excluían de cobertura el siniestro al tener encaje en la cláusula

limitativa de derechos contenida en la pág. 21 de las condiciones generales.

4.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda con imposición de costas a la demandante. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) concurría la exclusión de cobertura pactada (letra d) del apdo. 3 de las condiciones generales, en cuya virtud la aseguradora no debía responder si el accidente de circulación traía causa de acto delictivo o culpa grave del asegurado, pues esto último fue lo sucedido ya que el accidente no se debió a ninguna causa externa a la conducta del asegurado -no se probó que hubiera sido deslumbrado- sino únicamente a que el Sr. Sixto conducía una motocicleta sin la preceptiva licencia y bajo la influencia de bebidas alcohólicas ["ambas circunstancias (alcohol y sin permiso) fueron determinantes para la causación del accidente, siendo quizás la más relevante la influencia alcohólica, siendo la póliza clara en este aspecto, excluyendo la garantía en caso de accidente por acto delictivo, imprudencia temeraria o culpa grave"]; y (ii) dicha cláusula limitativa era válida y oponible al respetar las exigencias del art. 3 LCS, pues aparecía destacada (sombreado azul) en las condiciones generales que se entregaron al asegurado, su redacción no era confusa ni oscura sino "clara y sencilla", y el asegurado la aceptó al firmar el contrato y estampar también su firma en la cláusula de las condiciones particulares en la que reconocía recibir las generales en el acto y estar conforme con las exclusiones y cláusulas limitativas de sus derechos que en ellas se incluían, sin que resultara preciso que el tomador estampara su firma en cada una de las 55 páginas de las condiciones generales (citaba a este respecto la sentencia de esta sala de 11 de septiembre de 2006, rec. 3260/1999).

5.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la demandante únicamente para no imponerle las costas de la primera instancia, confirmó la sentencia apelada en todo lo demás sin imponer las costas del recurso a ninguna de las partes. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) la cláusula litigiosa (contenida en las condiciones generales y resaltada "en negrilla sobre fondo azul") es limitativa de derechos del asegurado, pues "no obstante producirse el riesgo asegurado (fallecimiento por accidente de tráfico) se excluye el mismo por unas determinadas circunstancias que pueden concurrir en el accidente"; (ii) según la jurisprudencia (se cita y extracta la sentencia de esta sala de 22 de diciembre de 2008), a los efectos del art. 3 LCS, para considerar expresamente aceptada una cláusula limitativa es suficiente con que la firma del asegurado figure en una

cláusula de la póliza que se remita al documento de la misma que contenga dicha limitación de cobertura; (iii) de esta doctrina se colige que la exclusión de cobertura es aplicable al caso (lo que exige de aplicar el art. 19 LCS) puesto que "a) en las condiciones particulares de la póliza se contiene la aceptación expresa del asegurado (mediante estampación de su firma) de la existencia, conocimiento y conformidad de las cláusulas limitativas contenidas en las condiciones generales, que reconoce haber recibido en el acto; b) las cláusulas limitativas están destacadas en negrita sobre fondo azul en las condiciones generales de la póliza; c) no hay confusión respecto al condicionado general de la póliza, pues en las condiciones generales se recoge expresamente que se trata de la modalidad Asistencia Familiar Plus", y en este caso consta probado que el asegurado conducía con una tasa de alcohol en sangre de 1,34 gramos por litro, lo que ha de considerarse una conducta delictiva dada la influencia que dicha tasa de alcohol tiene en la conducción (como sostuvo en el juicio el agente de la Guardia Civil que testificó); y (iv) las posibles dudas acerca de que la verdadera causa del accidente estuviera o no en la influencia del alcohol o en la conducción sin carnet sí justifican que no se haga condena en costas.

6.- Contra esta sentencia la demandante ha interpuesto recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la jurisprudencia de esta sala, articulado en dos motivos de los que únicamente se ha admitido el primero.

SEGUNDO.- El único motivo admitido se funda en infracción del art. 3 LCS según la jurisprudencia que lo interpreta, por haber prescindido la sentencia recurrida de los requisitos establecidos en dicho precepto, que según la recurrente se resumen en "efectivo conocimiento y doble firma, e invalidez de las cláusulas de remisión".

En su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que la sentencia recurrida fundamenta la desestimación de la demanda en la aplicación al caso de la cláusula limitativa de derechos incluida en las condiciones generales, al considerar que aparecía destacada y que fue expresamente aceptada por el asegurado al firmar la cláusula de remisión contenida en las condiciones particulares; (ii) que tales razonamientos se oponen a la doctrina de esta sala fijada por la sentencia de pleno de 14 de julio de 2015, según la cual es condición de validez de las limitativas la doble firma, y "la firma no puede aparecer solo en el contrato general sino en las condiciones particulares que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos";

(iii) que en este caso, pese a que el seguro contaba con dos tomadores/asegurados, solo uno de ellos firmó la póliza, y lo hizo en el documento de condiciones particulares, de manera que las generales -donde se incluía la cláusula limitativa litigiosa- no fueron firmadas por ninguno de ellos; (iv) que, además, la inclusión de la cláusula limitativa litigiosa no se ajustó a las exigencias legales y jurisprudenciales de claridad y transparencia, pues contrariamente a lo declarado por la sentencia recurrida no se hizo destacar de modo especial, al aparecer mezclada con otras cláusulas tanto limitativas de derechos como delimitadoras del riesgo; (v) que, tampoco es verdad que la cláusula de remisión contenida en las condiciones particulares -la única que fue firmada- se remitiera a las generales en la modalidad contratada (Asistencia Familiar Plus), por ser una cláusula de remisión genérica que tampoco cumple las exigencias del art. 3 LCS porque la doctrina de la sentencia de esta sala de 11 de noviembre de 2008 (que se extracta y pone en relación con las demás sentencias citadas para justificar el interés casacional del recurso) explica que no se respetan las exigencias formales de validez de las cláusulas limitativas cuando, como es el caso, dichas cláusulas se incluyen en un documento -el de condiciones generales- que no contiene la firma del asegurado, al no ser suficiente para apreciar su expresa aceptación el hecho de que el asegurado se limite a firmar una cláusula de estilo incluida en las particulares que remite -de forma genérica o indeterminada- a aquellas; y (vi) que, en todo caso, cualquier duda que pudiera suscitarse al respecto del efectivo conocimiento y aceptación por el asegurado de la cláusula limitativa en cuestión debe interpretarse en su favor.

La aseguradora recurrida se ha opuesto al motivo solicitando su desestimación por causas de inadmisión, alegando al respecto y en síntesis: (i) inexistencia de interés casacional determinante de inadmisión (art. 483.2.3.º LEC), dado que esta sala ha resuelto en casos semejantes (sentencias 520/2017, de 27 de septiembre, que se extracta, y 76/2017, de 9 de febrero) que para cumplir los requisitos del art. 3 LCS es suficiente con que el asegurado firme las condiciones particulares que remitan a las generales, siempre que la cláusula limitativa de derechos incluida en estas últimas se redacte con claridad y precisión, separada de las demás; (ii) carencia manifiesta de fundamento determinante de inadmisión (art. 483.2.4.º LEC), porque basta con leer el resumen de hechos que contiene el escrito de interposición del recurso, algunos de ellos nuevos y nunca antes alegados (como

que las condiciones generales no están firmadas), para colegir que lo único que se pretende es revisar la base fáctica de la sentencia recurrida, sin que pueda aceptarse que la parte recurrente dé valor a la póliza (y al conjunto de documentos que la integran) únicamente en aquello que le beneficia.

TERCERO.- No concurren los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida, porque el planteamiento del recurso no suscita duda alguna sobre su interés casacional al estar el problema jurídico suficientemente identificado desde el respeto a los hechos probados, ya que nadie discute que la cláusula controvertida no aparecía en las condiciones particulares ni que estas no fueron firmadas; se cita como infringida tanto la norma pertinente (art. 3 LCS) como la jurisprudencia de esta sala a la que se opondría la sentencia recurrida (en particular, la de pleno de 14 de julio de 2015, claramente pertinente); y, en fin, la parte recurrida ha podido oponerse al recurso teniendo, como esta sala, pleno y cabal conocimiento de la cuestión jurídica planteada, consistente en si en casos como estos en los que la cláusula limitativa se incluye en las condiciones generales y no en las particulares, la firma de la remisión a las generales contenida únicamente en las particulares es suficiente para tener por cumplidas las exigencias del art. 3 LCS.

CUARTO.- Entrando, pues, a conocer del motivo, este debe ser estimado por las siguientes razones:

añ) La sentencia de esta Sala 402/2015, de 14 de julio, de pleno, que se pronunció sobre una cláusula limitativa similar en un seguro de accidentes, tras interpretar la exigencia del art. 3 LCS de que las cláusulas limitativas aparezcan destacadas de modo esencial, interpreta la otra exigencia, es decir, la de que sean "específicamente aceptadas por escrito", del siguiente modo:

"Respecto a la exigencia de que las cláusulas limitativas deban ser "especialmente aceptadas por escrito ", es un requisito que debe concurrir cumulativamente con el anterior (STS de 15 de julio de 2008, RC 1839/2001), por lo que es imprescindible la firma del tomador. Como se ha señalado anteriormente, la firma no debe aparecer solo en el contrato general, sino en las condiciones particulares que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos. La STS de 17 de octubre de 2007 (RC 3398/2000) consideró cumplida esta exigencia cuando la firma del tomador del seguro aparece al final de las condiciones particulares y la de 22 de diciembre de 2008 (RC 1555/2003), admitió su cumplimiento por remisión de la póliza a un documento aparte en el que aparecían,

debidamente firmadas, las cláusulas limitativas debidamente destacadas. En ningún caso se ha exigido por esta Sala una firma para cada una de las cláusulas limitativas".

añ) De esta doctrina jurisprudencial se desprende que si, como sucede en el presente caso, las condiciones particulares se remiten a las cláusulas limitativas que aparezcan en las condiciones generales que se entregan al tomador/asegurado, este deberá firmar también estas condiciones generales.

añ) Hasta tal punto es así, que incluso las dos sentencias que la aseguradora recurrida cita en su apoyo (sentencias 520/2017, de 27 de diciembre, y 76/2017, de 9 de febrero) vienen a abundar en esa misma doctrina, pues en ambos casos las condiciones generales en las que figuraban las cláusulas limitativas habían sido firmadas por el asegurado, de modo que en ningún caso bastaba solo con la firma de la remisión contenida en las condiciones particulares.

añ) Además, la firma del documento en el que figuran las cláusulas limitativas cobra aún mayor relevancia cuando, como sucede con la cláusula limitativa aquí litigiosa, suponen una reducción del concepto legal de accidente tal y como aparece en el art. 100 LCS, que en principio cubriría un siniestro como el que determinó el fallecimiento del asegurado esposo de la demandante, y más todavía cuando, como también sucede en el presente caso, las cláusulas limitativas no aparecían hasta la página 21 del documento de condiciones generales.

añ) En consecuencia, la sentencia recurrida infringe el art. 3 LCS según la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

QUINTO.- Conforme al art. 487.2 LEC procede casar la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, estimar el recurso de apelación de la demandante, revocar la sentencia apelada y estimar íntegramente la demanda, condenando a la aseguradora demandada a pagar a la demandante la suma de 20.000 euros incrementada con los intereses de demora del art. 20 LCS desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago, calculados durante los dos primeros años siguientes al siniestro al tipo legal más un 50% y a partir de ese momento al tipo del 20% si aquel no resulta superior (sentencia de pleno 251/2007, de 1 de marzo , seguida, entre otras, por las sentencias 632/2011, de 20 de septiembre, 165/2012, de 12 de marzo, 736/2016, de 21 de diciembre, 222/2017, de 5 de abril, y 562/2018, de 10 de octubre).

Aunque la aseguradora alegó en su escrito de contestación que su imposición era improcedente por el carácter ilíquido de la indemnización, su retraso no se debió a causa justificada o que no le fuera

imputable (art. 20.8.ª LCS), pues según jurisprudencia reiterada solo concurre la justificación si la tramitación del proceso es necesaria para dilucidar una incertidumbre racional en torno a la existencia misma de la obligación de indemnizar, y, por eso mismo, la mera disconformidad con la cuantía, en casos como este en que la misma viene fijada en la póliza y no deja lugar a dudas, no puede amparar que el asegurador se retrase en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. La reciente sentencia 460/2019, de 3 de septiembre ha reiterado a este respecto que "debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla in iliquidis non fit mora [tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora], y atender al canon del carácter razonable de la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del día inicial del devengo, habida cuenta que la deuda nace con el siniestro y que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado".

A lo anterior se une además, en el presente caso, que la aseguradora demandada tendría que haber atendido el siniestro en cuanto comprobó que las condiciones generales en las que se contenían las cláusulas limitativas no habían sido firmadas por los asegurados».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2493/2017] DE 5 DE MARZO DE 2020 [Ponente: Juan María Díaz Fraile]

Retracto de créditos hipotecarios litigiosos: necesidad de que el crédito litigioso cedido objeto del retracto esté pendiente de un proceso declarativo sobre su existencia.

«Para la resolución de los recursos interpuestos hay que partir de los antecedentes relevantes tal y como han sido fijados por la Audiencia:

1.- La entidad actora, entre 2001 y 2006, suscribió con Caixa Laietana, hoy Bankia, diversos préstamos hipotecarios, posteriormente novados entre los años 2009 y 2011.

2.- Estos préstamos fueron transmitidos por Bankia a la entidad Burlington Loan Management LTD a través de escritura pública de cesión de posiciones contractuales suscrita ante el notario D. Antonio Pérez Coca Crespo, con nº de protocolo 2694 en fecha 3 de junio de 2015. Esta cesión se hizo conjuntamente con otros 87 créditos pertenecientes a Bankia.

3.- El precio total de la cesión conjunta de los 91 créditos fue de 283.229.144,72 euros, según certificación notarial obrante en las actuaciones (si bien inicialmente se había certificado notarialmente como precio global de la cesión la cuantía de 197.086.775,46 euros, posteriormente se fijó como precio de la cesión la referida cuantía de 283.229.144,72 euros).

4.- Los préstamos hipotecarios cedidos por Bankia a Burlington Loan objeto del procedimiento fueron los siguientes:

Préstamo hipotecario de primer rango otorgado por Bankia a Hotel Blanco Don Juan S.L. el día 11 de Julio de 2005 ante la notaria de Lleida D.ª Concepción de los Reyes Arias Gallego, y sus novaciones producidas mediante escritura pública el día 30 de junio de 2009, ante la notaria de Lleida D.ª Concepción de los Reyes Arias Gallego, con nº de protocolo 1.570 y mediante escritura pública el día 3 de mayo de 2011 ante la notaria de Lleida D.ª Concepción de los Reyes Arias Gallego, con nº de protocolo nº 950.

Préstamo hipotecario de segundo rango otorgado por Bankia a Hotel Blanco Don Juan S.L. el día 21 de febrero de 2006 ante el notario de Lloret de Mar D. Juan Ignasi Sorigue Abel con nº de protocolo 361 y su novación producida mediante escritura pública el día 6 de mayo de 2010 ante la notaria de Lleida D.ª Concepción de los Reyes Arias Gallego, con nº de protocolo nº 935.

Préstamo hipotecario de primer rango otorgado por Bankia a Hotel Blanco Don Juan, S.L., el día 20 de agosto de 2001 ante la notario de Lloret de Mar D.ª M.ª José Brevia Gomis, con nº de protocolo 2913.

Préstamo hipotecario de segundo rango otorgado por Bankia a Hotel Blanco Don Juan S.L. el día 30 de abril de 2004 ante el notario de Lloret de Mar D. Juan Ignasi Sorigue Abel, con nº de protocolo 783 y su novación producida mediante escritura pública el día 1 de diciembre de 2009 ante la notaria de Lloret de Mar D.ª M.ª José Brevia Gomis, con nº de protocolo 2.914.

5.- La entidad actora Hotel Blanco Don Juan, S.L., interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de Girona contra Bankia, S.A. solicitando la nulidad de las cláusulas suelo que habían sido introducidas al novar los créditos hipotecarios suscritos con la entidad Caixa Laietana en los años 2009 y 2010, y la restitución de la cantidad cobrada indebidamente por aplicación de dicha cláusula.

6.- Dicha demanda fue admitida a trámite en fecha 19 de noviembre de 2014, dando lugar al Juicio Ordinario nº 862/2014 (fecha, por tanto, anterior a la cesión de los citados préstamos hipotecarios a Burlington Management LTD).

7.- En fecha 3 de junio de 2015 Bankia notificó a la actora la transmisión de los créditos a Burlington Management LTD así como la designación de Hipoges Iberia, S.L. como entidad encargada de la gestión del cobro de los créditos.

8.- Hotel Blanco Don Juan, S.L. interpuso una demanda contra Bankia, S.A. y contra Burlington Loan Management LTD, interesando que se declarase que la actora, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.535 del Código Civil, tiene un derecho de retracto sobre los créditos litigiosos cedidos antes reseñados en que figura como deudora, y que en atención a dicho derecho se declaren extinguidos los citados créditos previa consignación por la demandante del precio y sus intereses desde el día en que fue satisfecho. Interesaba también la condena de las codemandadas a otorgar cuantos documentos públicos y privados sean convenientes y necesarios en orden al ejercicio efectivo del derecho de retracto; y la imposición de las costas a las dos entidades demandadas.

9.- La sentencia de primera instancia (i) desestimó totalmente la demanda contra Bankia, S.A., cedente de los créditos, por falta de legitimación pasiva, imponiendo las costas causadas a esta parte a la actora; y (ii) estimó íntegramente la demanda contra Burlington Loan Management LTD, a la que se impusieron las costas, por considerar, en síntesis, que concurrían todos los requisitos exigidos por el artículo 1.535 del Código civil, al calificar los cuatro préstamos hipotecarios cedidos como créditos litigiosos por haber sido demandada la declaración de nulidad de la cláusula suelo que contienen junto con la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de las mismas; encontrarse dicho pleito pendiente de resolución judicial en el momento en que se formalizó la cesión de los correspondientes créditos; no constituir la cesión una cesión en globo o alzada al ser susceptible de individualización el precio pagado por la cesionaria respecto de cada uno de los préstamos, precio que se determinó en el procedimiento mediante un informe pericial. El fallo de la sentencia contenía, además, el siguiente pronunciamiento:

"Se declararán extinguidos los anteriores créditos previa consignación por la parte actora del precio determinado en el informe pericial [...]"

10.- Recurrida la sentencia de primera instancia por Burlington Loan Management Ltd y por Hotel Blanco Don Juan, S.L., la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos de apelación. En cuanto al primero por considerar correctos los argumentos de la sentencia de primera instancia, que confirmó, si bien

completando el fallo de la sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"que la previa consignación deberá de comprender no solo el precio fijado en la sentencia de Instancia, sino también intereses legales desde el pago del precio de la cesión, a fijar en fase de ejecución de sentencia".

En cuanto al recurso presentado por Hotel Blanco Don Juan, S.L. tenía por objeto exclusivamente el pronunciamiento relativo a las costas causadas por la demanda presentada contra Bankia, S.A., que se imponían a la demandante, alegando la existencia de dudas jurídicas sobre su legitimación pasiva. La sentencia desestimó el recurso al considerar que no existen dudas de que en una acción de retracto la legitimación pasiva corresponda exclusivamente a quien adquiere el bien o derecho objeto del retracto.

SEGUNDO.- Recurso de casación formulado por Burlington Loan Management. Planteamiento y admisibilidad.

1.- Planteamiento de los tres motivos.

Los motivos del recurso de casación fueron los siguientes. Primero: vulneración del artículo 1535 del Código Civil en relación con la jurisprudencia que lo desarrolla. Se citan como infringidas las sentencias de esta sala de 16 de diciembre de 1969 y 31 de octubre de 2008. Segundo: vulneración del artículo 1532 del Código Civil en relación con la jurisprudencia que lo desarrolla. Se cita como infringida la sentencia de esta sala de 1 de abril de 2015. Y tercero: infracción de las normas sobre interpretación de los contratos, así como de la doctrina jurisprudencial que las aplica y desarrolla. En particular, infracción de lo dispuesto en los artículos 1.281 y 1.287 del Código Civil.

En el desarrollo de los tres motivos se aduce, en síntesis que: (i) los créditos cedidos por Bankia, S.A. a Burlington Loan Management DAC (nueva denominación de la cesionaria) no son litigiosos, extralimitándose la Audiencia de la consideración restrictiva atribuida por la jurisprudencia al alcance del término "litigioso" que figura en el art. 1.535 CC, pues en los pleitos que tienen por objeto los créditos cedidos no se discuten ni la existencia ni la exigibilidad de los respectivos préstamos, ni en aquellos figura la entidad cedente como demandante (sino como demandada); (ii) para el hipotético supuesto de que se considerara que la existencia del procedimiento judicial contra Bankia, S.A. por la restitución de los intereses cobrados por la "cláusula suelo" convierte el crédito principal en litigioso, la enajenación en globo de dicho crédito impide su retracto; y (iii) la interpretación del contrato de cesión de créditos que hace la sentencia recurrida no se compadece ni con su literalidad, ni con los usos y costumbres mercantiles,

habida cuenta de que incluso si se considerara que la venta de los activos fue individualizada, el precio que habría que atribuirse a los pretendidos créditos litigiosos tendría que ser el que figura como valor de cada uno en el anexo V del contrato (relativo al saneamiento para el caso de evicción).

Dada la evidente conexidad argumental entre los tres motivos (todos ellos relacionados con la delimitación del supuesto de hecho habilitante y requisitos para el ejercicio de la facultad de extinción de los créditos cedidos conforme al art. 1.535 CC), se considera conveniente no dividir del planteamiento conjunto que representan, analizándolos no obstante por el orden de su formulación al haberse articulado de forma interrelacionada pero "en cascada", en el sentido de que la estimación de cualquiera de ellos (primero y segundo) hace innecesario el estudio de los siguientes (segundo y tercero) por estar condicionados a la desestimación de los anteriores.

2.- Admisibilidad de los motivos.

Hotel Blanco Don Juan, S.L. formula algunas objeciones a la admisión del recurso que en ningún caso son absolutas y, esencialmente, están ligadas a la propia resolución de los motivos. No existe ningún defecto relevante en el encabezamiento, en cuanto que queda perfectamente identificada la norma jurídica infringida, ni hay mezcla de cuestiones heterogéneas, como quedará reflejado al resolver el recurso, ni carecen manifiestamente de fundamento. Los tres motivos están íntimamente relacionados entre sí, con una conexión sustantiva en torno a la interpretación del art. 1.535 CC. No se aprecia una alteración de la base fáctica, pues cuestionar la calificación como litigioso del crédito y la calificación como individual y no global oalzada de la cesión es disentir sobre cuestiones esencialmente jurídicas, sin alterar la base factual del proceso.

El interés casacional ya fue apreciado en la fase de admisión y es innegable, como se constatará a continuación en la propia resolución de los motivos. En cualquier caso, el recurso, junto a la cita de las sentencias que contienen jurisprudencia que se considera vulnerada por la sentencia recurrida, añade un elemento adicional de justificación del interés casacional basado en la escasa jurisprudencia existente sobre el art. 1.535 CC cuya interpretación sigue generando debates y una mayor litigiosidad fruto de una realidad económica y social en la que las entidades financieras españolas están enajenando carteras de créditos a compradores profesionales que adquieren todos los créditos incluidos en la cartera, en muchos casos en situación de mora y de incierto cobro, con una tasa de descuento a cambio de asumir,

como parte de su negocio, el riesgo y ventura de su reclamación y recuperación.

TERCERO.- La interpretación jurisprudencial del art. 1535 del Código civil . Ámbito de aplicación de la norma. Delimitación del supuesto de hecho habilitante. Ratio de la norma.

1.- Ámbito temporal y objetivo del pleito sobre el crédito cedido que da origen a la facultad de su extinción mediante el reembolso del precio pagado por la cesión, sus intereses y costas.

El art. 1535 del Código civil establece:

"Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.

"Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

"El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago". La sentencia de esta sala 690/1969, de 16 de diciembre, definió el crédito litigioso de la siguiente forma:

"aunque en sentido amplio, a veces se denomina "crédito litigioso" al que es objeto de un pleito, bien para que en este se declare su existencia y exigibilidad, o bien para que se lleve a cabo su ejecución, sin embargo, en el sentido restringido y técnico que lo emplea el artículo 1.535 de nuestro Código Civil, "crédito litigioso", es aquél que habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible; es decir, el que es objeto de una "litis pendencia", o proceso entablado y no terminado, sobre su declaración".

La sentencia 976/2008, de 31 de octubre, declaró que, a efectos del art. 1535 CC, se consideran créditos litigiosos:

"aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SS. 14 de febrero de 1.903 y 8 de abril de 1.904), y desde la contestación de la demanda (exigiéndose por la doctrina una oposición de fondo, aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2 LEC)".

A su vez, la sentencia 165/2015, de 1 de abril, ratificó dicho concepto y declaró que no cabe proyectar la figura del retracto de crédito litigioso cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal, no de forma individualizada, tal y como sucede en los casos de segregación previstos

en el art. 76 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

En el mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia 464/2019, de 13 de septiembre.

Con arreglo a esta doctrina jurisprudencial, la cualidad litigiosa del crédito requiere la concurrencia de un doble requisito: uno temporal y otro material o de contenido. En cuanto al primero, la pendencia del procedimiento debe existir ya y no haber finalizado todavía en el momento en que se celebra el negocio jurídico de la cesión del crédito. Como dice la sentencia 464/2019, de 13 de septiembre, el art. 1535 CC establece el día inicial desde el que puede considerarse que un crédito es litigioso (desde que se conteste a la demanda, o haya precluido el plazo de contestación, como se deduce de nuestra sentencia 976/2008), pero no el final. Este término final lo situó la citada sentencia 690/1969, de 16 de diciembre, en la firmeza de la sentencia o resolución judicial, al declarar:

"una vez determinada por sentencia firme, la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel momento, se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden estos su naturaleza de litigiosos, sin que a ello obste que haya de continuar litigando para hacerlos efectivos y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá ya, del sujeto pasivo; es decir, que el carácter de "crédito litigioso", se pierde tan pronto queda firme la sentencia que declaró su certeza y exigibilidad, o tan pronto cese el proceso por algún modo anormal, como es, por ejemplo la transacción". Además, como señala la sentencia 149/1991, de 28 de enero, el crédito puesto en litigio no puede consistir en una relación jurídica obligacional ya agotada o consumida en el momento en que se ejercita la acción del art. 1.535 CC.

En cuanto al contenido u objeto de la acción judicial, debe tratarse de una acción de carácter declarativo cuya pretensión sea la declaración de la existencia y/o exigibilidad del crédito, en los términos señalados.

Finalmente, ha de tratarse de una transmisión onerosa -por precio en dinero (aunque un sector doctrinal admite también la posibilidad cuando la contraprestación consiste en bienes fungibles)-, cuestión que aquí no se discute, y la facultad del art. 1.535 CC ha de ejercitarse dentro del plazo legal de caducidad (extremo que si bien no está exento de dificultades en cuanto al cómputo del dies a quo por la oscura redacción del párrafo tercero del precepto citado, aquí tampoco ha sido objeto de debate). Desde

el punto de vista de la delimitación negativa del derecho, quedan excluidos del mismo los supuestos de cesión en globo oalzada a que se refiere el art. 1.532 CC, cuestión directamente relacionada con el segundo motivo del presente recurso.

Frente a este concepto estricto o restringido de crédito litigioso (que lo circunscribe a los supuestos en que el pleito tiene por objeto la existencia o exigibilidad del crédito), en el que se apoya la cesionaria demandada para negar la aplicabilidad del art. 1.535 CC al estar referido el objeto del pleito invocado a la cláusula de limitación a la baja de la variabilidad de los intereses ordinarios de los respectivos créditos cedidos, cuestión que no afecta a la existencia ni a la exigibilidad de tales créditos, la deudora cedida y demandante invoca la sentencia de esta sala 149/1991, de 28 de febrero, conforme a la cual " ...la estructura del "crédito litigioso" presupone la existencia de una relación jurídica de naturaleza obligacional y la pendencia del cumplimiento exacto de la prestación, finalidad de aquélla, sea porque el pago aún no se puede exigir, sea porque el pago no se ha efectuado voluntariamente, y un debate judicial iniciado y no resuelto acerca de la existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes de la expresada relación [...]".

De esta sentencia la demandante infiere que la calificación del "crédito litigioso", en el sentido en que esta locución es empleada por el art. 1.535 CC, comprende no solo aquellos supuestos en que el crédito cedido es objeto de un procedimiento judicial declarativo cuyo objeto sea la discusión de su existencia y exigibilidad, sino también cualquier otro en que se debata sobre su naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes. Lo que incluiría cualquier pleito en que se pretenda un pronunciamiento relativo a una "cláusula suelo", sea para obtener una declaración de nulidad, sea para obtener una condena a la restitución de las cantidades abonadas indebidamente por su aplicación, sea para obtener ambos pronunciamientos.

Aunque la reiteración de la doctrina restrictiva, iniciada con la sentencia de 14 de febrero de 1.903 y que llega hasta la más reciente 464/2019, de 13 de septiembre, con el paréntesis que representa la sentencia 149/1991, de 28 de febrero, permite afirmar que la doctrina jurisprudencial vigente en la materia es la que asume la tesis restrictiva citada, resulta conveniente profundizar en los fundamentos últimos de dicha solución a fin de despejar dudas y dotar al tráfico jurídico de la necesaria certidumbre y seguridad jurídica, al dotar de la deseable uniformidad

a la interpretación de la norma debatida conforme a la función nomofiláctica que corresponde al recurso de casación.

2.- Origen, fundamento y naturaleza del denominado "retracto de crédito litigioso" o "retracto anastasiano". En cuanto a su origen histórico, como afirmamos en la sentencia 976/2008, de 31 de octubre, la normativa de los arts. 1.535 y 1.536 CC, en los que se regula el alcance de la facultad de un deudor de extinguir un crédito litigioso en caso de venta del mismo, mediante el reembolso al cesionario del precio, costas e intereses:

"tiene como antecedentes el Derecho Romano y concretamente la Ley Anastasiana (Anastasio a Eustatio, Ley 22, Tít. XXXV, Lib. 4º del Código, del Corpus Iuris Civilis), que se justificó por Justiniano (Ley 23) por razones de humanidad y de benevolencia ("tam humanitatis quam benevolentiae plena"), y se resume (Ley 24; Epítome tomado de las Basílicas) en que "el que dio cantidades para que se le cediesen acciones no consiga de las acciones cedidas nada más que lo que por ellas hubiera dado", y el Proyecto de 1.851 (arts. 1.466 y 1.467)".

Como señalaba la misma sentencia 976/2008, se trata de una figura jurídica controvertida, cuyos detractores señalan que se opone al derecho de propiedad, que tiene escasa utilidad práctica y que no ha sido acogida por los Códigos más modernos (como el italiano de 1942 y el portugués de 1967). Añade la misma sentencia que el art. 1.535 CC es un precepto "de aplicación problemática (pues son numerosas las diferencias interpretativas, y no meramente de matiz, entre nuestros civilistas que prestaron atención especial a su estudio); y con escaso tratamiento en la doctrina jurisprudencial (en la que caben citar, singularmente, las Sentencias de 14 de febrero de 1903, 8 de abril de 1904, 9 de marzo de 1934, 4 de febrero de 1952; 3 de febrero de 1968; 16 de diciembre de 1969; 24 de mayo de 1987 y 28 de febrero de 1991 [...]).

Es, pues, una figura controvertida en la doctrina, abandonada por los Códigos europeos más modernos, de aplicación práctica problemática y con escaso tratamiento en la jurisprudencia.

Sin embargo, su introducción en el Código civil español, por inspiración del Código napoleónico, respondió a un doble fundamento que era el mismo a que respondía el "retracto anastasiano" en el Derecho Romano: desincentivar a los especuladores de pleitos (que adquieren del demandante derechos judicialmente discutidos a bajo precio para reclamar después dichos derechos de los demandados) y reducir la litigiosidad ("cortar pleitos" en sintonía con

la general enemiga y repugnancia del Derecho Romano respecto de los "compradores de pleitos" - vid. sentencia 976/2008 -).

La controversia sobre esta figura ha alcanzado también a su propia naturaleza jurídica, discutiéndose si se trata de un verdadero retracto legal (art. 1.521 CC) o bien una facultad atribuida ex lege al deudor para realizar un pago parcial de su deuda con plenos efectos liberatorios o, dicho de otro modo, una suerte de quita autorizada por la ley, esto es, un privilegio legal que permite al deudor extinguir la deuda no por el importe de lo adeudado, sino por el precio de la cesión (art. 1.156 CC). Incluso calificado este derecho como un retracto responde a una marcada finalidad extintiva, que se cumple porque subrogándose en su virtud el deudor en la posición activa del crédito se produce su extinción por confusión.

La jurisprudencia de esta sala se ha hecho eco de este debate, y así en la citada sentencia 976/2008, de 31 de octubre, ya se señalaba que esta facultad de extinguir el crédito litigioso si bien es denominada por una parte de la doctrina como "retracto de crédito litigioso", y como retracto se le da tratamiento procesal en la práctica (vid. art. 266.2º LEC), sin embargo, "propiamente no lo es porque no hay subrogación". A pesar de ello en la práctica judicial se ha seguido manteniendo la denominación de retracto (v.gr. sentencia de esta sala 165/2015, de 1 de abril), pues al margen de que cuando el derecho cedido sea un crédito o un derecho real sobre cosa del deudor/retrayente quede extinguido por confusión o consolidación una vez ejercitado el derecho (lo que excluye la subrogación en sentido propio) sin embargo son indudables sus analogías y similitudes funcionales con el retracto en cuanto a la limitación que suponen sobre la libre disposición del titular del derecho, la subsunción del "retrayente" en las condiciones pactadas por dicho titular o cedente con el cesionario del crédito o derecho cedido y el perentorio plazo de su ejercicio (art. 1.524 CC). A ello se suma la necesidad de contar con un régimen legal procesal que garantice el cobro del precio por parte del cesionario, lo que se obtiene a través del régimen de la caución que fija el art. 266.2º LEC para el caso del ejercicio de los derechos de retracto.

Así lo asumen también el demandante de este pleito que invoca en defensa de su tesis sentencias recaigas en pleitos sobre retractos arrendaticios, con cuya regulación existen también paralelismos como, por ejemplo, respecto de la exclusión del "retracto" en el caso de las cesiones de créditos en globo o a precio alzado (art. 1.532 CC) y en el caso de las ventas conjunta de la vivienda arrendada con las restantes

viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble (art. 25.7 Ley 29/1994, de 24 de noviembre). En este sentido, y en relación con la citada exclusión, la sentencia 221/2017, de 17 de mayo, afirma:

"[...] se entiende que el retracto arrendaticio como tal excepción que es a la libertad de contratación - nunca ha sido impuesto por el Código civil - habrá de interpretarse, si no restrictivamente, sí en sus justos términos".

3.- Carácter de norma excepcional del art. 1.535 del Código civil. La ratio del precepto.

La regla general en nuestro Derecho es la de la libre transmisibilidad de todos los derechos y obligaciones, salvo pacto en contrario. Así resulta del art. 1.112 CC, conforme al cual "Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario"; de lo que es una manifestación más la regulación del Código sobre la cesión de créditos contenida en sus arts. 1.526 y siguientes.

Siendo la cesión de un crédito un negocio jurídico válido, sus efectos han sido precisados por la jurisprudencia de esta sala. Así la sentencia de 30 de abril de 2007 señaló sus tres principales efectos jurídicos, sistematizando la doctrina jurisprudencial en la materia:

"a) el cesionario adquiere la titularidad del crédito, con el mismo contenido que tenía el acreedor cedente, permaneciendo incólume la relación obligatoria (SS. 15 nov. 1990, 22 feb. 2002, 26 sept. 2002, 18 jul. 2005);

b) el deudor debe pagar al nuevo acreedor (SS. 15 mar. y 15 jul. 2002, 13 jul. 2004); y c) al deudor le asiste el derecho de oponer al cesionario, todas las excepciones que tuviera frente al cedente (SS. 29 sept. 1991, 24 sept. 1993, 21 mar. 2002)".

Ello supone que el cesionario, como señaló la citada sentencia de 30 de abril de 2007, en vía de principios, "puede reclamar la totalidad del crédito del cedente, con independencia de lo pagado (compraventa especial), y el deudor sólo está obligado a pagar la realidad de lo debido (incumplido)".

Y añade, descartando la posible tacha de ilicitud por enriquecimiento injusto del cesionario:

"Frente a ello debe rechazarse la alegación de enriquecimiento injusto efectuada [...] porque no hay empobrecimiento, ya que, cualquiera que fuere el acreedor, la entidad deudora paga lo que tiene que pagar (lo adeudado), y, además, la posibilidad de reclamar el importe íntegro del crédito, y no lo que se pagó por él, tiene su fundamento en la ley, como lo revela indirectamente la propia regulación del

denominado "retracto de crédito litigioso" (arts. 1535 y 1536 CC)".

Por tanto, el denominado retracto de crédito litigioso constituye una excepción al régimen general de la cesión de créditos, y como tal requiere una interpretación estricta acorde con dicho carácter excepcional.

Que la regulación contenida en el art. 1.535 CC es excepcional, integrando una norma especial o privilegiada, resulta también de las siguientes consideraciones:

º Frente al régimen general del art. 1.157 CC, conforme al cual "no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía", en este caso se entiende pagada la deuda mediante la ejecución de una prestación distinta (cuantitativamente inferior) a aquella en que consistía la obligación.

º Frente al régimen general de las obligaciones de los arts. 1.166 y 1.169 CC, conforme a los cuales "el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida" y, salvo pacto en contrario, "no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación", en el caso de la cesión de créditos litigiosos se autoriza legalmente la extinción de la totalidad de la deuda mediante su pago parcial.

º Frente al criterio general del art. 1.127 CC, según el cual "siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro", la aplicación del régimen del art. 1.535 CC a un préstamo de amortización en plazos sucesivos, que no haya sido declarado vencido anticipadamente en su totalidad, extinguiendo anticipadamente el préstamo supondría excepcionar aquel precepto (incluso sin que concurren las circunstancias que determinan la aplicabilidad de la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuyo art. 23 atribuye novedosamente al prestatario incluido en su ámbito de aplicación el derecho al reembolso anticipado).

º Frente al régimen especial de las quitas parciales previstas por las más recientes regulaciones, vinculadas a la especial protección de la vivienda habitual, cuando se trata de deudas garantizadas mediante hipoteca constituida sobre la misma, en relación con la deuda remanente tras la ejecución de la vivienda (vid. 579.2, a) LEC), o en relación con las situaciones de insolvencia que afecten a personas y

familias en situación de vulnerabilidad social (vid. "Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual", regulado en el anexo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo), el art. 1.535 CC no limita su ámbito de aplicación a la protección de la vivienda habitual ni a personas físicas en riesgo de exclusión social.

º Con independencia de las reservas antes apuntadas sobre una asimilación completa de la facultad de extinción del crédito cedido en las condiciones fijadas por el art. 1.535 CC a los derechos de retracto legal (art. 1.521 CC) no puede desconocerse, como se ha señalado, su estrecha proximidad institucional a esta figura contractual, incluyendo su virtualidad limitativa de la libre transmisibilidad de los bienes o derechos afectados en cada caso para su titular. Y en tal sentido hay que recordar el carácter restrictivo a que se sujeta por tal razón su interpretación. Así lo ha afirmado también reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, v.gr. en la reciente Resolución de 25 de julio de 2019, que haciéndose eco de la doctrina científica y de la jurisprudencia de esta Sala afirma:

"Los tanteos y retractos legales, como ha señalado la doctrina científica, son limitativos del derecho de dominio en tanto condicionan la facultad de libre disposición del titular dominical de la cosa, pues si bien mantiene la libertad de enajenarla o no y de fijar las condiciones concretas de la transmisión, tal facultad se ve restringida en cuanto a la determinación de la persona del adquirente por la exigencia de enajenarla precisamente al titular del derecho de retracto, quien ostenta una preferencia legal frente a terceros adquirentes. Por ello los tanteos y retractos legales son derechos taxativamente concedidos por la ley para supuestos concretos con fundamento en el interés social, existiendo desde antiguo una jurisprudencia que se inclina a favor de su interpretación restrictiva (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre 1921, 9 de julio de 1958 y 3 de julio de 1959) -si bien más recientemente, la Sentencia número 450/2012, de 11 de junio, en relación con los tanteos y retractos arrendaticios ha defendido un criterio de interpretación estricto, y no restrictivo más allá de la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales exigibles para su realización-, y en todo caso sometidos a unos estrictos requisitos no solo sustantivos sino también de ejercicio procesal, tanto en cuanto al plazo (cfr. artículo 1524 del Código Civil) como al procedimiento (artículo 266.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil)".

En relación con lo anterior hay que recordar el fundamento del origen histórico del "retracto anastasiano", basado en "razones de humanidad y de benevolencia (tam humanitatis quam benevolentiae plena)", y en prevención y evitación de abusos de los especuladores de pleitos.

El contexto socio-económico del momento histórico en que se originó la especial facultad extintiva del deudor respecto de los créditos cedidos de que trae causa del art. 1.535 CC, que hunde sus raíces en el Derecho Romano, es muy distinto del propio de nuestros tiempos y, en particular, de la situación surgida tras la reciente crisis económica y financiera de los últimos años.

En este sentido, como señaló la sentencia de esta sala núm. 165/2015, de 1 abril, la operación objeto del pleito entonces resuelto (cesión en bloque por sucesión universal de diversos créditos litigiosos a consecuencia de una segregación de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora que conformaba una unidad económica, al amparo del art. 71 de la ley 3/2009, de 3 de abril), "no es ocioso precisar que la operación descrita se proyecta en el marco regulatorio de un intenso proceso de reestructuración y reforzamiento de los recursos propios del sistema financiero de este país, sumido en una profunda crisis, preferentemente de las tradicionales cajas de ahorro". Situación que dio lugar a la regulación especial integrada, en lo que aquí interesa, por el Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, primero, por el que se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y, posteriormente, el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro, que introducen nuevos procesos de integración como el ejercicio indirecto de la actividad financiera a través de un banco, lo que dio lugar a las correspondientes operaciones societarias de segregación de activos y pasivos, y permitió la recapitalización de las entidades a través de la creación de sociedades anónimas bancarias a las que las cajas de ahorro transfirieron su actividad de naturaleza financiera (activos y pasivos).

En este mismo contexto hay que situar la figura de las cesiones de carteras o conjuntos de créditos (hipotecarios o de consumo, a consumidores o empresas) por parte de diversas entidades de crédito a terceras entidades - con frecuencia fondos de inversión extranjeros - de baja calificación crediticia (en situación de impago o riesgo de impago, en fase de ejecución judicial o no), que responden, como ha señalado la doctrina especializada, a la necesidad de "limpiar balances" a fin de ajustar el valor de los activos (crediticios en este caso) al valor real. Con ello

se persigue un triple objetivo: mejorar el ratio financiero y de morosidad de la entidad, mejorar la liquidez con la entrada de los ingresos procedentes de la venta de la cartera y reducir las provisiones y costes de gestión de estos activos. Finalidades distintas de las contempladas en la ratio de la norma interpretada y, por el contrario, concomitante con la finalidad a que respondía el art. 36.4,b) de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, cuando excluye la aplicación del art. 1535 CC en el caso de cesión de créditos litigiosos a la sociedad de gestión de activos.

Por último, no puede dejar de mencionarse el hecho de que junto con el favor debitoris, un objetivo esencial del art. 1.535 CC en su concepción originaria era la de "cortar pleitos". Por ello, la tipología del supuesto de hecho de la norma, como señala mayoritariamente la doctrina, parte de vincular al acreedor/demandante con la figura del retrayente, como criterio general o supuesto tipo.

Resultaría contrario a la citada ratio del precepto (que, como se ha dicho, reconoce la facultad de extinción del crédito cedido mediante el reembolso del precio de la cesión sólo en caso de cesión de crédito litigioso, y no de cualquier otro que no lo sea, aun cuando se encuentre en situación de impago) atribuir a todo deudor dicha facultad por medio del expediente de presentar una demanda contra el acreedor, con independencia de la existencia o carencia de fundamento para ello, y de su estimación o desestimación futura, pues con ello se consigue un estímulo para el litigio y no para su terminación, en oposición frontal a la finalidad del precepto.

QUINTO.- Decisión de la sala sobre el recurso de casación. Créditos impugnados por la empresa deudora cedida en cuanto a la posible nulidad de una cláusula suelo. Desestimación.

A la luz de las anteriores consideraciones debemos ratificar el concepto de crédito litigioso que ha venido ofreciendo reiteradamente la jurisprudencia de esta sala desde la clásica sentencia de 14 de febrero de 1.903, pasando por las más recientes sentencias 690/1969, de 16 de diciembre, 976/2008, de 31 de octubre, 165/2015, de 1 de abril, hasta llegar a la sentencia 464/2019, de 13 de septiembre, considerar como tal "crédito litigioso" aquél que "habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible [...]". O dicho en otros términos: son créditos litigiosos "aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SS. 14 de febrero de 1.903 y 8 de abril

de 1.904), y desde la contestación de la demanda (exigiéndose por la doctrina una oposición de fondo, aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2 LEC)" - cfr. 976/2008, de 31 de octubre -.

Por tanto, aplicando la interpretación asumida por dicha doctrina jurisprudencial, la posible existencia de un pleito que verse sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes a que se refiere la sentencia 149/1991, de 28 de febrero, necesitará para generar el derecho previsto en el art. 1.535 CC afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación (vid. sentencia 463/2019, de 11 de septiembre).

No es lo que sucede en el presente caso en que lo debatido en el litigio proyectado sobre el crédito cedido se refiere a una cláusula de limitación de la variación a la baja del tipo de interés remuneratorio pactado (cláusula suelo), cuya eventual nulidad no afecta a la subsistencia ni a la exigibilidad del resto de las obligaciones derivadas del préstamo (devolución de capital conforme al régimen de amortización pactado y pago de los intereses remuneratorios calculados sin la citada limitación).

A ello se une, como factor no determinante pero sí coadyuvante, el hecho de que el promotor de la acción judicial fue el deudor cedido frente a la entidad cedente, acción cuyo objeto es la restitución de las cantidades cobradas indebidamente por la entidad cedente (Bankia) en aplicación de la cláusula suelo debatida, así como la declaración de nulidad de la misma estipulación, sin que, por otra parte, conste la subrogación procesal pasiva en dicho pleito del fondo cesionario (Burlington Loan Management Ltd). Situación que, como antes se dijo, no se corresponde con la tipología general del supuesto de hecho subsumido en el ámbito del art. 1.535 CC.

Todo lo cual conduce a la estimación del primer motivo del recurso de casación.

Estimado el citado motivo resulta ya innecesario analizar el segundo y tercer motivo del recurso, formulados con carácter subsidiario para el caso de no prosperar los anteriores.

SEXTO.- Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación formulado por Hotel Blanco Don Juan, S.L.

1.- Planteamiento de los recursos.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- Amparado en el art. 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción por vulneración del principio establecido por este Alto Tribunal de tantum devolutum quantum appellatum. Vulneración de la Jurisprudencia en relación a este

principio, en particular la de fecha 30 de marzo de 2011, y análogas de fecha 12 de mayo de 2006; 1 de diciembre de 2006; 21 de junio del 2007, y por ende también del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incongruencia extra petita. Vulneración del principio de tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE establecidas en las sentencias de este Alto Tribunal de fecha 17 de abril de 2007; 24 de marzo del 2008; 30 de junio del 2009; y 25 de noviembre del 2010".

El motivo del recurso de casación se formuló con el siguiente literal:

"Único.- Amparado en el art. 477.2.3.º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del art. 1535 del Código Civil, en relación al art. 7.2 del Código Civil, vulneración de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo tanto en la aplicación de los intereses a que refiere el precepto regulador del retracto de crédito litigioso, como de la teoría del abuso del derecho en la aplicación de la interpretación del mismo precepto. Vulneración de sentencias de este Alto Tribunal de fecha 31 de noviembre del 2008, 31 de octubre de 1988, 8 de junio de 1954 y 30 de mayo de 1955".

2.- Decisión de la Sala. Desestimación.

Ambos recursos objetan, dentro de su respectivo ámbito funcional, el pronunciamiento contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial por el que, completando el fallo del Juzgado de Primera Instancia, se declara que "la previa consignación deberá de comprender no solo el precio fijado en la sentencia de Instancia, sino también intereses legales desde el pago del precio de la cesión, a fijar en fase de ejecución de sentencia".

Es decir, partiendo de la previa confirmación del pronunciamiento hecho por la sentencia de primera instancia respecto a la declaración de que, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.535 del Código Civil, la demandante tiene un derecho de retracto sobre los créditos litigiosos cedidos en que aquella figuraba como deudora, y que en aplicación de dicho derecho, se declaraban extinguidos tales créditos previa consignación por la deudora cedida del precio de la cesión, añadía, según prevé el mismo art. 1.535 CC, que la obligación de la consignación con efectos plenamente liberatorios debía comprender no sólo el citado precio de la cesión, sino también sus intereses desde el día del pago del precio de la cesión, a fijar en fase de ejecución de sentencia.

Estimado el recurso de casación interpuesto por la demandada Burlington Loan Management, Ltd, y revocado el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial por considerar que el crédito cedido no tiene la condición de litigioso a los efectos del art. 1.535 CC, decae igualmente la parte de dicho fallo

relativa a la obligación de consignación por parte de la deudora cedida tanto en cuanto al precio de la cesión, como en cuanto a los intereses legales, pronunciamiento que queda anulado al casarse la sentencia en virtud de aquel recurso, por lo que procede desestimar los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación por pérdida sobrevinida de su objeto».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2104/2017] DE 6 DE MARZO DE 2020 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Concurso de acreedores: insuficiencia de masa activa para pagar los créditos contra la masa y regla de prelación de pagos específica. Para evitar la arbitrariedad de la administración concursal a la hora de atribuir la consideración de "créditos imprescindibles para concluir la liquidación", a los efectos de ser satisfechos de forma prededucible y, por ello, con anterioridad al resto de los créditos, es necesaria la autorización judicial.- Cuando se reconozca a determinados salarios la consideración de gastos prededucibles, en atención a que remuneran unos trabajos imprescindibles para las operaciones de liquidación posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa, por la misma razón también merecerían esa consideración las cuotas de la Seguridad Social.

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

En el concurso de acreedores de Tecnologías Auxiliares de Fundación S.L., la administración concursal realizó la comunicación de insuficiencia de masa activa, el día 15 de abril de 2016.

En un informe de liquidación posterior, la administración concursal deja constancia de que se han seguido pagando los salarios correspondientes a los servicios imprescindibles.

En el incidente concursal interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, en lo que ahora interesa, se pedía que las cuotas de seguridad social correspondientes a estos salarios que se habían considerado gastos necesarios para concluir la liquidación y, por ello, prededucibles, tuvieran la misma consideración.

Esta pretensión fue desestimada por el juzgado de lo mercantil. El juez de lo mercantil analizó la jurisprudencia contenida en la sentencia de este

Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, conforme a la cual, para que unos determinados gastos puedan ser considerados imprescindibles y por ello prededucibles, es necesario que lo solicite expresamente la administración concursal y que lo autorice el tribunal. La sentencia de primera instancia deja constancia de que en este caso no constaba que la administración concursal hubiera recabado esta autorización respecto de los salarios de esos trabajadores. Además, la sentencia de primera instancia advertía que la TGSS carece de legitimación para solicitar esa autorización ex art. 188 LC, sin perjuicio de que podía oponerse en los términos de los arts. 176 bis. 3 y 181 LC.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la TGSS. La Audiencia desestima el recurso y confirma la desestimación de la pretensión de la TGSS por dos razones: primero, porque no cabe presumir que los salarios de aquellos seis trabajadores tengan la consideración de gastos imprescindibles, como presume la TGSS, ya que no había sido autorizado por el juez; y, segundo, porque aunque se admitiera el carácter imprescindible de los salarios posteriores a la comunicación de insuficiencia de la masa activa, eso "no conllevaría que idéntica naturaleza le correspondiera a las cuotas de los trabajadores".

Frente a la sentencia de apelación, la TGSS interpone recurso de casación sobre la base de un único motivo. SEGUNDO. Recurso de casación.

Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 176 bis.2 LC. Entiende que los créditos por cuotas de los trabajadores que perciben sus salarios en contraprestación por un trabajo que la administración considera imprescindible para concluir la liquidación, deben tener la misma naturaleza o gozar de ese carácter prededucible y deben ser satisfechos con carácter previo al pago conforme a los dispuesto en el art. 176 bis LC.

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

Desestimación del motivo. La cuestión suscitada en este recurso de casación acaba de ser resuelta por esta sala en su sentencia 70/2020, de 4 de febrero. En la resolución del presente recurso seguimos la doctrina contenida en este precedente, al no concurrir razón alguna que justifique que nos apartemos de ella. También en este caso, hemos de partir de que la administración concursal comunicó formalmente la insuficiencia de la masa activa, conforme a lo previsto en el apartado 2 del art. 176 bis LC, lo que determinó que a partir de entonces operara la regla de prelación de pagos prevista en este precepto:

"2. Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

"Desde ese momento, la administración concursal deberá pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

"1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

"2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

"3.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

"4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

"5.º Los demás créditos contra la masa".

Para evitar la arbitrariedad de la administración concursal a la hora de atribuir la consideración de "créditos imprescindibles para concluir la liquidación", a los efectos de ser satisfechos de forma prededucible y, por ello, con anterioridad al resto de los créditos, en nuestra sentencia 390/2016, de 8 de junio, dispusimos que fuera necesaria la autorización judicial, recabada por el trámite del art. 188 LC, con audiencia de los interesados:

"(...) la administración concursal es el órgano especialmente llamado a realizar las tareas de liquidación del concurso, hasta su finalización, sin cuya actuación el procedimiento devendría imposible y encallaría sin solución.

"Ahora bien, el art. 176 bis 2 LC establece un matiz, pues no da tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal generadores del derecho a honorarios, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter de imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa. Por ello, a falta de identificación legal expresa, resulta exigible que sea la propia administración concursal quien identifique con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago, y cuál es su importe, para que el juez del concurso, con audiencia del resto de acreedores contra la masa (art. 188.2 LC), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prededucible".

En nuestro caso, el gasto prededucible que se discute es el correspondiente a las cuotas de la seguridad social de los salarios de trabajadores devengados con posterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa activa, que según la TGSS han sido considerados gastos imprescindibles.

Como muy bien razonó el juzgado mercantil y ratifica después la Audiencia, en este caso no consta que la administración concursal haya solicitado la preceptiva autorización judicial para que los salarios sean considerados gastos imprescindibles para la liquidación y por ello sean prededucibles.

Esta autorización, en la medida en que es necesaria para que aquellos salarios puedan ser considerados y tratados como gastos imprescindibles a los efectos del art. 176 bis. 2 LC, constituye un presupuesto lógico de la justificación esgrimida por la TGSS. Según este organismo, si unos determinados salarios, correspondientes a trabajos imprescindibles para la liquidación, tienen esta consideración y por ello es un gasto prededucible, también debería serlo el correspondiente a las cuotas de la seguridad social generadas al devengarse el salario. Luego, si en nuestro caso, el juez del concurso declara en su sentencia que no ha concedido esa autorización respecto de los salarios, carece de sentido discutir la procedencia de considerar también imprescindible el crédito por las cuotas de la Seguridad Social. Y es por esta razón por la que se desestima el recurso.

No obstante, si se llegara a reconocer a esos salarios la consideración de gastos prededucibles, en atención a que remuneran unos trabajos que eran imprescindibles para las operaciones de liquidación posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa, por la misma razón también merecerían esa consideración las cuotas de la Seguridad Social. La justificación estriba en que los servicios de unos determinados trabajadores que se consideran imprescindibles generan no sólo el crédito salarial sino también el correspondiente a las cuotas de la seguridad social. Ambos tienen el mismo origen, son el coste generado por ese servicio que se habría considerado imprescindible para concluir las operaciones de liquidación, sin que a estos efectos se pueda distinguir entre uno y otro, ni resulten de aplicación las reglas de prelación de créditos del propio art. 176 bis. 2 LC. El que este precepto trate de distinta forma el crédito salarial y el de la seguridad social resulta irrelevante a la hora de determinar si ambos son prededucibles en atención a que constituyen gastos necesarios derivado de un servicio imprescindible para concluir las operaciones de liquidación.

Aunque al razonar en este sentido damos la razón a la recurrente, no procede estimar el recurso por falta de efecto útil, en la medida en que no se cumple el presupuesto lógico de que el juez del concurso haya autorizado el pago de los salarios como gastos imprescindibles para concluir las operaciones de liquidación».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3022/2017] DE 11 DE MARZO DE 2020 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Condiciones generales de la contratación: el control de incorporación supone la posibilidad de que el adherente tenga conocimiento de la existencia de la cláusula y es pertinente respecto de cualquier adherente, sea consumidor o profesional.

«El 11 de mayo de 2012, D. Juan Enrique y Dña. Teodora, como prestatarios, y Abanca Corporación Bancaria S.A. (en lo sucesivo, Abanca), como prestamista, suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable, si bien con una limitación a la variabilidad del tipo de interés (suelo) del 6,50%.

La finalidad del préstamo era la financiación de la adquisición de una licencia municipal de auto-taxi de Madrid.

2.- Los mencionados prestatarios formularon una demanda contra Abanca, en la que solicitaron 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 estimó la demanda. Resumidamente, consideró que la cláusula litigiosa no superaba el control de incorporación, porque al no haber cumplido el Banco las obligaciones administrativas de transparencia (no entregó la ficha FIPER), ni haber advertido específicamente el notario de la existencia de la cláusula suelo, los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer que el préstamo estaba sujeto a una limitación de la variabilidad del tipo de interés.

En consecuencia, declaró la no incorporación de la cláusula litigiosa y condenó a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades cobradas por su aplicación.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por la entidad demandada, el recurso de apelación fue desestimado por la Audiencia Provincial, que confirmó

que la cláusula no superaba el control de incorporación.

SEGUNDO.- Primer motivo de casación. Improcedencia del control de transparencia en contratos entre profesionales.

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), en relación con los arts. 80 a 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU).

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente alega, resumidamente, que el control de transparencia únicamente es procedente en los contratos celebrados con consumidores, cualidad que no tenían los prestatarios, dada la finalidad empresarial del préstamo.

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 realizado un control de transparencia, puesto que es consciente de que los demandantes no son consumidores (el prestatario por ser un empresario individual y la prestataria por la vinculación funcional que supone la responsabilidad patrimonial del cónyuge del citado empresario).

La Audiencia Provincial, confirmando el criterio de la sentencia de primera instancia, considera que la cláusula no supera el control de incorporación porque los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer su inclusión en el contrato y, por tanto, su mera existencia. Lo que no supone hacer un control de transparencia, sino un control de incorporación, que es pertinente respecto de cualquier adherente, sea consumidor o profesional. Como declaramos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo:

" En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC - "[I]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera

completa al tiempo de la celebración del contrato [...]”- ”.

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

TERCERO.- Segundo motivo de casación. Caracterización del control de incorporación. Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 5.5 y 7.b LCGC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo representada por las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 3 de junio de 2016.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente sostiene, resumidamente, que la jurisprudencia de esta sala limita el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación a la constatación de la mera transparencia documental o gramatical.

Decisión de la Sala:

1.- No es correcto afirmar, utilizando para ello la cita parcial de alguna sentencia, que la jurisprudencia de esta sala limite el control de incorporación a la comprensibilidad gramatical. Precisamente, bastaría con reiterar la cita de la sentencia 241/2013 que hemos reproducido en el fundamento anterior para ver que no es así.

2.- Como declaramos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo, y hemos reiterado en otras múltiples resoluciones, para que una condición general de la contratación supere el control de incorporación debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad.

Lo que no es solo una construcción jurisprudencial, sino una exigencia expresa de los arts. 5 y 7 LCGC.

3.- Razones por las cuales este segundo motivo de casación también debe ser desestimado.

CUARTO.- Tercer motivo de casación. Buena fe contractual. Planteamiento:

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 8.1 LCGC, en relación con el art. 1258 CC y la jurisprudencia contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio, y 52/2017, de 3 de febrero.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida, al declarar la nulidad de la cláusula suelo por considerar que la entidad prestamista actuó con abuso de posición

dominante e infracción de las reglas de la buena fe contractual no ha tenido en cuenta el deber de diligencia empleado por el adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas de la limitación a la variabilidad del tipo de interés del préstamo.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo no ataca realmente la ratio decidendi de la sentencia, que es que la cláusula no supera el control de incorporación porque el banco incumplió los deberes de información que le imponía la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre. Que es precisamente el argumento de la sentencia de primera instancia, cuya fundamentación expresamente acepta la de la Audiencia Provincial, para considerar que los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer la existencia de la cláusula suelo. Conclusión fáctica que no ha sido rebatida mediante un recurso extraordinario por infracción procesal y que no podemos revisar en casación.

El resto de las consideraciones de la sentencia recurrida sobre la buena fe contractual o el abuso de posición dominante son meros argumentos de refuerzo, pues lo decisivo es que la cláusula no fue correctamente incorporada al contrato.

2.- Como recuerda la sentencia 85/2019, de 12 de febrero, es reiterada la jurisprudencia que afirma que el recurso de casación únicamente puede dirigirse contra el fallo y, de manera indirecta contra el razonamiento operativo o ratio decidendi [razón de decidir] de la sentencia. No cabe, en consecuencia, impugnar razonamientos auxiliares, accesorios, secundarios u obiter dicta [expresiones incidentales] o, a mayor abundamiento, cuya hipotética eliminación no alteraría el camino lógico que conduce a la conclusión obtenida en el fallo. De tal forma que las diversas consideraciones que puedan hacerse en la resolución y no tengan dicho carácter trascendente para la decisión judicial son casacionalmente irrelevantes (sentencias 454/2007, de 3 de mayo; 230/2008, de 24 de marzo; 374/2009, de 5 de junio; 258/2010, de 28 de abril; 737/2012, de 10 diciembre; y 185/2014, de 4 de abril)».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3833/2017] DE 11 DE MARZO DE 2020 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Contrato de préstamo hipotecario con consumidor: ante el allanamiento de la entidad demandada, se declara la nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y se ordena la

devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación.

«El 21 de julio de 2005, D. Rodrigo suscribió una escritura de préstamo con garantía hipotecaria con Caixabank S.A., con un interés variable, si bien con una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado.

2.- El Sr. Rodrigo formuló una demanda de juicio ordinario contra la mencionada entidad financiera, en la que solicitó la nulidad de la indicada cláusula de limitación a la variabilidad del interés pactado y la devolución de las cantidades cobradas por su aplicación.

3.- Las sentencias de ambas instancias desestimaron íntegramente la demanda, al considerar que la cláusula litigiosa superaba el control de transparencia.

Recurso de casación. Planteamiento. Admisibilidad.

1.- El Sr. Rodrigo interpuso un recurso de casación por interés casacional, basado en un único motivo, en el que denunciaban la infracción de los arts. 1, 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), 3.2 y 4.2 de la Directiva 93/13/CE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, 82 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLUCU), la Orden Ministerial de mayo de 1994 y el art. 48.2 de la Ley 41/2007.

2.- En su desarrollo, cita como infringida la jurisprudencia establecida en las sentencias del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, y 464/2014, de 8 de septiembre. La parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida no realiza el control de transparencia de la cláusula controvertida, sino un mero control de inclusión. Sin advertir que no se ofreció al prestatario ningún tipo de información precontractual, por lo que no pudo tomar conciencia de la carga jurídica y económica del contrato.

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó que el mismo era inadmisibile, porque: (i) no acredita el interés casacional; (ii) no expone cuáles son las infracciones cometidas; (iii) el encabezamiento no indica debidamente la infracción denunciada; (iv) se pretende la revisión de los hechos probados y una valoración global de la prueba; (v) no se indican con precisión cuáles son los pronunciamientos que se piden al Tribunal Supremo.

Tales objeciones no pueden ser atendidas. En el motivo de casación se citan las normas sustantivas que se consideran infringidas (el acierto de dicha alegación no condiciona la admisibilidad, sino la estimación); se justifica el interés casacional con la identificación y cita de las sentencias de este Tribunal Supremo que se consideran vulneradas o desconocidas; y no se discute la valoración fáctica de la Audiencia Provincial, sino la valoración jurídica sobre si la información ofrecida por el prestamista al prestatario supera o no el control de transparencia.

Allanamiento de la parte recurrida. Estimación del recurso.

1.- Para el caso de que no se estimaran sus alegaciones de inadmisibilidad del recurso de casación, la parte recurrida se allanó a dicho recurso y solicitó la no imposición de costas.

2.- Según recuerda la sentencia 397/2018, de 26 de junio, con cita de otras varias de esta sala (verbigracia, sentencias 74/2017, de 8 de febrero, 475/2017, de 20 de julio, y 294/2018, de 23 de mayo, de Pleno), el allanamiento de la parte recurrida/demandada también tiene efectos en casación y debe dar lugar a la estimación de la demanda, en aplicación del principio dispositivo que rige en el proceso civil (art. 21 LEC).

3.- El art. 21.1 LEC establece que "cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste". Conforme a reiterada jurisprudencia (por todas, sentencias 11/2012, de 19 de enero, y 571/2018, de 15 de octubre), el allanamiento es una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda, hecha por el demandado al contestar a ella, o en otro momento procesal, y constitutivo de un medio de extinción del proceso a virtud del reconocimiento y conformidad del demandado, que puede comprender todas las materias de carácter privado que sean objeto de pretensión por las partes y que sean disponibles por ellas, porque no es lícito, dentro del orden jurídico, oponerse a que los interesados hagan de lo suyo lo que a bien tengan.

4.- En consecuencia, debe estimarse el recurso de casación.

Consecuencias de la estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia.

1.- El allanamiento de la parte recurrida y la estimación del recurso de casación conllevan que, al asumir la instancia, debamos estimar el recurso de apelación del demandante y, con él, también la demanda.

2.- En consecuencia, debe declararse la nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y ordenarse la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación».