

2013

Encuentro Sala Primera del Tribunal Supremo con Magistrados de Audiencias Provinciales

Madrid 13-15 de marzo de 2013

Dirección: D. Juan Antonio Xiol Ríos
Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

María Jesús Parrón Cambero y Marta Belén Rabadán Torrecilla

Magistradas. Letradas Gabinete Técnico Tribunal Supremo



Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Índice

Presentación.....	3
Responsabilidad Civil. Tráfico. Novedades Jurisprudenciales.....	3
Cuestiones procesales. Litispendencia y Cosa Juzgada. Suspensión del procedimiento por planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	9
Compraventa de bienes inmuebles. Licencia de primera ocupación. Aplicabilidad de la cláusula “rebuc sic stantibus”	12
Ley de Ordenación de la Edificación. Llamamiento de terceros al proceso de la edificación. Oposición del actor.....	17
Contratos Bancarios: Swap, Participaciones preferentes, depósitos estructurados, cláusulas techo y suelo.....	21
Jurisprudencia del Tribunal Supremo: Sentencias de Pleno e interés casacional. Examen de las dictadas en el año 2012.....	27
Clausura del encuentro.....	30

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Presentación

Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

Durante los días 13, 14 y 15 de marzo de 2013, en el marco de las actividades programadas por el Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial, se ha celebrado el “Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con Magistrados de Audiencias Provinciales”. En palabras del Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el encuentro tiene una finalidad clara: el intercambio de opiniones jurídicas «ya que de la discusión sale la luz y del contraste de opiniones se construye el diálogo». Este diálogo permite a la Sala detectar los asuntos que más preocupan a la última instancia civil, las diversas posiciones jurídicas y argumentos en su favor, suponiendo un estímulo en el avance de la jurisprudencia.

La alta intervención de todos los asistentes ha hecho de esta actividad un encuentro enriquecedor para todos aquellos que participamos en ella. Esta exposición se realiza sin ánimo de formular unas conclusiones sobre los temas debatidos, en el sentido estricto de la palabra. Nuestro objetivo es plasmar el sentir de este encuentro y en definitiva, de todas aquellas cuestiones que jurídicamente preocupan a los integrantes de la Carrera Judicial que participaron en él.

***RESPONSABILIDAD CIVIL. TRÁFICO. NOVEDADES
JURISPRUDENCIALES.***

Moderador: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

Resumen de la exposición inicial:

Por el moderador se analizan algunas Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con el propósito de explicar las razones que determinaron la adopción de un determinado criterio jurisprudencial sobre responsabilidad civil en el ámbito de la circulación de vehículos a motor.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Sentencias del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 (recursos 2908/2001 y 2598/2002). Doctrina jurisprudencial "Se declara como doctrina jurisprudencial que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado".

Se planteaban como posibles criterios para la valoración del daño atender al momento de la producción del siniestro, o al momento en que se dicta la Sentencia (deuda valor en sentido estricto).

El Tribunal Supremo adoptó, la posición intermedia entre las posturas jurisprudenciales y se consideró razonable, para la valoración del daño, atender al momento del alta definitiva y que los intereses legales operaran como un mecanismo de compensación de la deuda desde la reclamación judicial.

La doctrina jurisprudencial adoptada, fue objeto de crítica por la doctrina, en cuanto no acogía de forma estricta el criterio de deuda valor, como próxima a la reparación íntegra del daño, pero el criterio adoptado, conjugado con el devengo de los intereses desde la reclamación judicial o extrajudicial, puede permitir una mayor protección al perjudicado, al ser los intereses superiores al IPC previsto para la actualización de los valores asignados.

La Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2009 (recurso 490/2005) fijó la irretroactividad de la Ley 34/2003, rechazando la aplicación de la regla introducida en el año 2003 de no valoración de una secuela si está incluida en otra. Se adoptó el criterio de la irretroactividad por tratarse de una norma introducida por el legislador para corregir el sistema de valoración y no ser una norma interpretativa.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2009 (recurso 885/2004) fijó que la primera actualización automática del valor de las indemnizaciones fijadas en el baremo por accidentes de circulación es la correspondiente a 1 de enero de 1996.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

La Dirección General de Seguros, no aceptó actualizar las cuantías, que en la elaboración de la norma eran las del año anterior. Los Tribunales, pese a la falta de actualización publicada en el BOE, están sujetos al imperio de la ley y, de la ley claramente resultaba y la sentencia recoge, la actualización el primero de enero de 1996.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, 9 de diciembre de 2008. El sistema de valoración del daño, no es una tabla de aplicación automática, hay también normas explicativas de aplicación y sobre todo principios informadores. En esta sentencia se plantea la aplicación del sistema de valoración fuera del ámbito del tráfico.

La sentencia corrige dos errores, uno relativo a la facultad de valoración en la que el Tribunal Supremo no ha de entrar. La fijación del importe de las indemnizaciones por el Tribunal Supremo, podría conllevar una petrificación en la cuantificación. Corresponde a los Juzgados de Instancia y Audiencias Provinciales, esa facultad de valorar del daño, pudiendo acudir para ello, con carácter orientativo, al sistema de valoración previsto para los accidentes de tráfico. El otro error que corrige es el de la aplicación analógica, negando esta posibilidad.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2008 (recurso 2479/2002): “No es de aplicación la moderación de responsabilidad y reparto de la indemnización previstos en el artículo 1 LRCSVM, cuando, contribuyendo a la producción del resultado dos conductas, la del conductor del vehículo de motor y la de la víctima ajena a la circulación de estos vehículos, la conducta del conductor por su entidad cuantitativa y cualitativa constituye causa determinante de la colisión, aun cuando concurra una negligencia de la víctima que no pueda considerarse determinante en todo o en parte, del accidente ocurrido”. Consecuencia de la responsabilidad objetiva por daños materiales, sujeta a inversión de carga de la prueba y de la responsabilidad objetiva por daños corporales. El conductor responde objetivamente. La culpabilidad de la víctima, entra como causa de exención de esa responsabilidad objetiva del conductor.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012 Colisión múltiple. Colisión recíproca y daños personales para un conductor. Régimen de responsabilidad objetiva. Concurrencia de causas y, al no haberse acreditado la mayor incidencia causal de la conducta de uno de ellos, resarcimiento íntegro de los daños ocasionados.

En la responsabilidad objetiva se presume la causalidad. Hay que demostrar fuerza mayor o culpa exclusiva para eximir.

Algunas Audiencias Provinciales, con la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, no condenaban en los supuestos de colisión que contempla la sentencia, pero hay que tener en cuenta que se presume la causalidad y por tanto hay responsabilidad. Otras Audiencias Provinciales entendían que hay que aplicar presunción de que cada conductor contribuye en la producción del daño y ha de responder en un 50%. Finalmente algunas Audiencias, acogiendo el criterio de condenas cruzadas, entendían que cada uno responde de la totalidad de los daños causados al otro. Esta es la doctrina adoptada por el Tribunal Supremo, en la Sentencia analizada.

Sentencias del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010 (recursos 1741/2004 y 1262/2004), sobre elementos correctores del lucro cesante (Tabla Cuarta), en los supuestos de incapacidad permanente. Sentencia criticada por la doctrina pero bien acogida por los agentes sociales. El Tribunal Supremo, establece la forma de aplicar el factor de corrección, atendiendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000. Se destaca por su interés una Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección Segunda), que aplica por analogía, la STS de 25 de marzo de 2010 relativa a la incapacidad permanente pero a un caso de fallecimiento, exponiendo que no hay motivo para distinguir lucro cesante en caso de incapacidad permanente y en caso de fallecimiento.

Cuestiones suscitadas

Las principales cuestiones que se suscitaron por los asistentes, surgen en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012, así se planteó la situación paradójica que se genera, por la **acumulación en la misma persona de la condición de conductor y víctima**. El origen de la responsabilidad objetiva es la introducción del riesgo por el conductor, sin embargo, esa circunstancia no tiene relevancia alguna, es decir, no se anula o

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

neutraliza la responsabilidad objetiva origen del riesgo, pudiendo ir en contra del sentido de la responsabilidad objetiva del automóvil, al hacer al conductor víctima, con un resultado paradójico.

Por el ponente se expone que así es. El accidente de circulación, aunque es único, se divide en dos. El conductor no debe ser indemnizado por el accidente que él mismo ha provocado, pero en colisión recíproca el principio es que cada conductor responde del 100 por cien de los daños causados al otro. Esto cambia con respecto a los ocupantes. Se adoptó finalmente criterio de las condenas cruzadas pese a los efectos paradójicos. Cada vehículo causa riesgo y responde de los daños que causa con el riesgo creado. No es una cuestión de culpabilidad, es un problema de imputación objetiva, de relación de causalidad.

En relación con la misma sentencia, se plantea si las **indemnizaciones que corresponden a los ocupantes** de los vehículos, también se cruzan. En base al fundamento jurídico cuarto, parece que cada conductor responde de los daños causados a los ocupantes del otro vehículo. Por el ponente se aclara, que aunque en la sentencia no se expresa, también se responde de los daños causados a los ocupantes propios, solidariamente.

Ante el planteamiento de si esa responsabilidad objetiva en los **daños materiales**, puede ir en contra del artículo 1 de la LRCSVM, que remite al artículo 1902 del Código Civil, se precisa por el ponente que, tratándose de daños materiales la solución es la misma, porque no se habrá probado por ninguno que ha actuado con plena diligencia, si lo probara, con la inversión de la carga de la prueba que rige respecto de los daños materiales, se le eximiría de responsabilidad. Aunque la sentencia no trató los daños materiales a su juicio se entiende así. La responsabilidad por daños materiales es también objetiva, en la que se introduce un criterio subjetivo de culpa por vía de la inversión de la carga de la prueba.

Se plantearon los problemas que pueden suscitarse en relación con la **cosa juzgada y el artículo 400 de Ley de Enjuiciamiento**, si uno de los conductores, demandado en un procedimiento y que no formula reconvencción, promueve una demanda ulterior sobre el mismo siniestro, cuando en el primer juicio se ha determinado ya la responsabilidad de ambos conductores.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Por parte de los asistentes se apunta que nadie puede ser obligado a reconvenir, por el artículo 400 de la LEC, cuestionando los efectos que produce la sentencia dictada en el procedimiento posterior. Por otro asistente se expone que no ve la posibilidad de nuevo procedimiento por el mismo accidente, si se han formulado alegaciones en la oposición a la demanda y ya está juzgándose la culpabilidad en el primer pleito.

El ponente considera que si se demuestra participación de los dos, responderá de todo el sí demandado, que podrá iniciar otro procedimiento para reclamar sus daños. Es más cuestionable el procedimiento posterior si, con intervención del mismo demandante y demandado, la sentencia del primer proceso ha declarado que solo es responsable del siniestro el demandado. En todo caso se pone de relieve que son numerosas las complicaciones que surgen sobre la cosa juzgada y en sobre el ámbito de aplicación del artículo 400 de la LEC.

Se planteó también, si con intervención de un único conductor demandado, en colisión múltiple, sin haberse acreditado la mayor incidencia causal de la conducta de uno de ellos, la Sentencia del Tribunal Supremo, impide fijar un **porcentaje de contribución al daño** y por tanto de responsabilidad, debiendo responder el demandado del 100% de los daños ocasionados al otro vehículo.

Suscitada cuestión sobre la aparición de **nuevas secuelas tras el alta médica a efectos de prescripción de la acción**, se apunta por el ponente, que si de verdad surge una complicación ulterior consecuencia del siniestro, se abre de nuevo el plazo de prescripción, por algo que no pudo conocer en su momento.

El debate se extendió a los supuestos en que el siniestro se debe a **culpa del peatón**, o en que otros agentes externos contribuyen a la causación del daño (por ejemplo rebaño de ovejas). Por el ponente se indica que no se pueden dar reglas generales, hay que valorar cada caso, examinar el nexo de causalidad, la culpa respecto al no conductor, y además la imputación objetiva. El sistema de responsabilidad es distinto. El peatón y conductor no están en el mismo plano y no actúan con la misma responsabilidad. Por eso no está solo el criterio de la culpa, sino también el de la imputación objetiva, que facilita la obtención de soluciones razonables.

En relación con la **aplicación temporal del baremo**, se expone por un asistente que, si no se aplica el criterio de la deuda valor, parece que el fundamento se encontraría en el artículo 20 de la LCS, porque desde el alta se

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

puede reclamar. Pero el artículo 20 se remite a la fecha del siniestro, de forma que o se aplica deuda de valor, o intereses moratorios. Por el ponente se incide en que en realidad el problema no está cuando se aplican los intereses del artículo 20 de la LCS, el problema se suscita cuando no es así, por ejemplo que la aseguradora ya ha consignado y no precede abono de los intereses del artículo 20 . Se consideró mejor la fecha del alta, que beneficia al perjudicado.

Conclusiones: Las intervenciones de los asistentes, pusieron de manifiesto los numerosos problemas que plantean la cosa juzgada y el ámbito de aplicación del artículo 400 de la LEC; cuestiones que pueden presentarse también en el ámbito de la colisión múltiple, en el caso de accionar los conductores de un mismo siniestro en diferentes procedimientos.

Como conclusión sobre la responsabilidad civil en asuntos de tráfico, se puso de relieve por el ponente, la necesidad de superar el criterio culpabilístico y atender, conforme a la LRCSVM, al **sistema de responsabilidad objetiva** por la creación del riesgo de la conducción con respecto a los daños corporales, y con inversión de la carga de la prueba respecto a los daños materiales.

CUESTIONES PROCESALES: LITISPENDENCIA Y COSA JUZGADA. SUSPENSIÓN DE PROCEDIMIENTO POR PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES ANTE EL TJUE.

Moderadores: Excmos. Sres. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Rafael Sarazá Jimena.

Comienza la intervención el Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas que plantea cómo solución a los problemas generados en torno a la cosa juzgada, situarse en la posición del abogado en el planteamiento de la demanda. Realiza un repaso de la última jurisprudencia de la Sala, que puede consultarse tanto en la documentación entregada por el ponente, como en la elaborada por Gabinete Técnico y entregada a los intervinientes, señalando que el criterio básico se centra en determinar si se han agotado todos los medios en el primer procedimiento.

Continúa el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá planteando a los intervinientes las cuestiones procesales que considera más interesantes: (i) la influencia de otras cuestiones prejudiciales de otros órganos en nuestro procedimiento; (ii) los efectos expansivos de la sentencia a aquellos que no han recurrido y (iii) la

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

estimación parcial de demanda con varias pretensiones, sin entrar en alguna de ellas y qué ocurre cuando se recurren: ¿hay que revocar y desestimar, o revocar la sentencia y resolver las cuestiones no planteadas?.

En su opinión, la primera cuestión tiene posibilidades limitadas porque si la cuestión prejudicial es del mismo órgano, no se plantea problema, pero sí cuando proviene de otro órgano porque la ley no prevé la suspensión. Es lo que ha ocurrido con la cuestión prejudicial en materia de ejecución hipotecaria. Cita dos sentencias de la Sala del 2011 que establecen la carencia de efectos expansivos de la cuestión prejudicial en otro procedimiento, debiendo ceñirse la cuestión prejudicial en lo relativo a la suspensión al mismo procedimiento. Sin embargo, en su opinión el juicio de relevancia o pertinencia de la suspensión lo tiene que hacer cada tribunal. Una vez considerado pertinente el juicio de relevancia y existiendo una identidad, se puede optar por plantear una cuestión prejudicial (con el riesgo de colapso del TJUE, salvo acumulación) o por la solución menos ortodoxa que sería suspender si se considera que la cuestión ya planteada también es prejudicial con respecto a nuestro asunto. El moderador manifiesta el enorme interés que se suscitará con la sentencia del TJUE que está prevista para el día de mañana, 14 de marzo, relativa a las ejecuciones hipotecarias, cuestión sobre la que se suscita un amplio debate sobre las posibilidades de actuar de oficio en un procedimiento de ejecución hipotecaria cuando la propia parte no lo plantea.

Al hilo de esta cuestión se abre un amplio debate en torno al cambio jurisprudencial en materia de las excepciones oponibles en el juicio cambiario y si cabe la litispendencia en caso de existencia de un procedimiento ordinario ya que si no se entiende así, ya se habría pagado y al ser cosa juzgada es complicado el regreso a la situación anterior. El problema se suscita cuando es el cambiario el que suspende el juicio ordinario por litispendencia.

El Sr. Arroyo señala que sobre cosa juzgada, y juicio cambiario hay dos sentencias: una de la Sra. Roca aplicando el artículo 557 LEC y otra del Ponente Sr. Arroyo aplicando el artículo 564. La jurisprudencia señala que “todo aquello que se pueda oponer en ejecución, no puede reproducirse en el declarativo”. El Sr. Sarazá señala que el sentido es que si hay declarativo, hay litispendencia y debe paralizarse.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Otros intervinientes señalan que la naturaleza jurídica del juicio cambiario es la de un declarativo pleno y que si existe simultaneidad con otro procedimiento, debe operar la litispendencia, y debe producir los efectos de la cosa juzgada.

Existe diversidad de opiniones, y el objetivo de estos encuentros, como señala el Sr. Arroyo es que estas discusiones se llevan a la Sala y se planteen.

Se plantea también la cuestión relativa a las posibilidades de suspensión en ejecución hipotecaria por existencia de intereses abusivos. Algunos intervinientes señalan que si ni siquiera lo puede plantear el deudor, no parece razonable que se haga de oficio, ni siquiera con un trámite de alegaciones, pareciendo absurdo que se modifique judicialmente un procedimiento diseñado de una manera, correspondiendo el cambio al legislador.

Otra de las cuestiones que plantean los intervinientes a raíz de la STS de la colisión cruzada en tráfico es cómo opera la cosa juzgada. En opinión del Sr. Arroyo cree que no hay cosa juzgada en la sentencia de la colisión cruzada de septiembre de 2012.

En cuanto al tema de las pretensiones no analizadas y el ámbito de la segunda instancia, el Sr. Sarazá señala que se planteaban problemas de este tipo cuando estaba en la Audiencia Provincial. Por ejemplo, cuando se ejercitaban distintas causas en supuestos de responsabilidad de administradores. La ley antigua no decía nada, la ley nueva sí dice que hay que resolver conforme a lo planteado. El problema es que si nadie lo ha planteado, cómo se resuelve. Posteriores Sentencias del TC y del TS dicen que en caso de que se haya dejado imprejuzgada (las excepciones, las acciones en concurso ideal como por ejemplo en responsabilidad de administradores) la solución es resolver aunque no se plantee, que existe pleno conocimiento. El problema surge cuando se desestima alguna pretensión, porque el problema se traslada a la legitimación para recurrir de quien se ve beneficiado por esa desestimación.

El TS, cuando se desestima tanto explícitamente como implícitamente, señala que no se podrían entrar sobre las desestimadas porque habría que impugnar. Otros intervinientes señalan que habría que convocar vista para alegaciones y dar la oportunidad a rebatir los argumentos o para ver si se quiere recurrir o impugnar. Otros intervinientes señalan que como es un problema de legitimación, debe exigirse la impugnación ad cautelam.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Se plantea en materia de cosa juzgada una cuestión que fue planteada en una Audiencia, por vía de aclaración de sentencia. En la sentencia se había apreciado, en relación a una acción de cesación de consumidores, mala fe por traer documentos de otro juicio. Por vía de aclaración, se planteó si ya había cosa juzgada y si cabía plantear otro procedimiento con documentos obtenidos legítimamente. Por el moderador se señala que la cosa juzgada en acción colectiva es muy complicada, pero habría que ver si se ha ejercitado la acción. Otro interviniente señala que no puede denominarse sentencia a lo que no resuelve sobre el fondo (absolutoria de la instancia, no produce cosa juzgada). El moderador señala que, según la teoría del agotamiento, si no se pronuncia, no hay agotamiento de la relación jurídica procesal y se puede volver a plantear porque no habría cosa juzgada.

Finaliza la sesión señalándose por un interviniente la existencia de sentencias contradictorias del TS en materia de seguro, en relación al efecto expansivo de las sentencias. El Sr. Sarazá dice que en la última jurisprudencia ya no ocurre y que es claro que las sentencias no tienen fuerza expansiva frente a quien no recurre.

COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES. LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN. APLICABILIDAD DE CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

Moderador: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

Resumen de la exposición inicial:

Se trata por el ponente, como tema relacionado con la licencia de primera ocupación, el **aval en garantía de cantidades entregadas anticipadamente, en el contrato de compraventa de bienes inmuebles** (ley 57/68, de 27 de julio), fundamentalmente desde su perspectiva jurídica de garantía.

Sobre esta materia se está produciendo un cambio de doctrina jurisprudencial. Conceptualmente, en esta evolución se pretende una integración, tanto del aval como de la licencia de ocupación, en el ámbito de la relación contractual. Sin perjuicio de que la obligación se puede matizar en el ámbito administrativo, tiene que integrarse en el contrato de compraventa.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Ese intento de integración, base del avance jurisprudencial, se produce porque se empieza a considerar el aval como parte esencial de la relación contractual. La sentencia de 25 de octubre de 2011, apunta ya que el aval puede ser una obligación principal. Un segundo paso en esta evolución, se observa en la Sentencia de 10 de diciembre de 2012, que en su fundamento jurídico undécimo, se refiere ya a “obligaciones recíprocas” de lo anterior se deduce que en las obligaciones recíprocas”. Ya no habla de principio contractual, sino de reciprocidad.

La Sala continúa en ese avance hacia la integración, de las consideradas obligaciones administrativas, en el ámbito civil del contrato. El proceso lógico-jurídico es el siguiente: en primer lugar la configuración legal de la obligación de garantizar las cantidades, que hace innecesario que figure en el contrato. Su naturaleza es legal y tiene carácter irrenunciable. La segunda cuestión es que su interpretación no depende tanto del ámbito contractual sino de la tipicidad. Se considera esencial, en cuanto se integra en la obligación esencial de pago del precio en fase anticipada, así que sirve a una finalidad esencial, garantizando que no se frustre y que el comprador vea garantizadas las cantidades anticipadas.

Es necesario, distinguir en cuanto a este carácter esencial dos fases: la de perfección, en la que la obligación de aval de garantía funciona como excepción (yo comprador me niego a pagar anticipadamente si tu vendedor no me avalas) y puede también, dentro de la esencialidad, integrar una pretensión resolutoria (una vez pagadas las cantidades a cuenta, si no se produce la entrega del aval).

Si integramos el aval en la obligación de pago del precio, como garantía de que cumpla su finalidad y por tanto en el ámbito contractual, el incumplimiento permite instar la resolución. La segunda fase, una vez acabada la obra, lo que hay es el cumplimiento o incumplimiento del contrato, no de la obligación de avalar, que queda subsumida en el propio cumplimiento/incumplimiento del contrato de compraventa.

Ese es el proceso lógico jurídico para integrar obligaciones legales en el ámbito de la relación contractual, que motiva el avance jurisprudencial.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

El fenómeno es similar respecto de la licencia ocupación: se supera la valoración meramente administrativa o extracontractual de la licencia de ocupación, en una evolución a su integración en el ámbito contractual.

La Sentencia del Pleno de 10 de septiembre de 2012 (recurso 1899/2008) si bien con la necesaria la prudencia, ponía de manifiesto que la obligación de entrega de licencia de ocupación, forma parte esencial del contenido de la obligación de entrega del vendedor.

Se fija como primer criterio que “en principio”, la falta de cumplimiento del deber de obtención de la licencia de primera ocupación por parte del promotor-vendedor no tiene carácter esencial, si bien introduce como salvedad, no solo que se haya pactado como tal, sino también que lleve consigo un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble, según las condiciones pactadas en el contrato.

El segundo criterio, atiende a un plazo razonable, independientemente de su integración en el contrato. Como tercer criterio en garantía del comprador, se atribuye al vendedor la carga de la prueba del carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de la licencia.

La evolución jurisprudencial de integración en el ámbito contractual, se produce en base a un primer criterio, atendiendo al pacto, integrándose en el concepto de término o plazo como elemento esencial, y en segundo lugar por su interpretación por la interpretación de marco contractual, quedando imbricada la licencia de primera ocupación en el contrato de compraventa, en la obligación de entrega que incumbe al vendedor y que en virtud del artículo 1258 del Código Civil, obliga a entregar la cosa con todo lo que resulte de la naturaleza del propio objeto.

Aunque la sentencia del Pleno dice que en principio no es esencial posibilita que así se considere, evolucionando la Jurisprudencia, hacia la esencialidad, atendiendo al principio de la interpretación del contrato y al carácter esencial de la obligación de entrega.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Cuestiones suscitadas

En relación con la obligación de **entrega del aval en garantía de las cantidades anticipadas**, se suscitaron diversas cuestiones:

Se plantea la necesidad de precisar el límite temporal, porque las Audiencias Provinciales no han considerado como causa de resolución la falta de aval, observando un cierto fraude por parte del comprador. Se produce la crisis inmobiliaria, y el comprador que nunca reclamó y nunca pretendió la resolución, apela a la falta de entrega de la garantía. La **determinación del momento** requiere matización. El ponente considera que la matización se puede encontrar en la buena fe contractual. La finalidad de la integración en el ámbito contractual es que las cosas se hagan bien desde el principio. La doctrina que se pretende es de seriedad, si usted tiene obligación legal, no es necesario que lo incluya en el contrato, si está obligado, cumpla avalando las cantidades. El Magistrado asistente, añade que la finalidad del aval, en la regulación de la Ley 57/68, no era sólo garantizar la devolución del precio, sino también la efectiva realización de la obra, que no se fuera el vendedor con el dinero anticipado sin concluirla. El Sr. Orduña refiere que también esa finalidad se integra en el ámbito contractual. Por eso una vez acabada la obra queda subsumida en el cumplimiento o incumplimiento del contrato de compraventa.

Se pone de relieve por un Magistrado asistente, que esta ley no se aplicaba estaba en el cajón y que hay un tercer invitado que es el banco que se defiende frente a estos avales. El banco alega que el aval se entregó por un plazo y alega la expiración. El contrato del banco con el constructor es un contrato normado, su contenido y requisitos se ajustan a los legalmente establecidos. El Ponente entiende que si la obligación es legal a esa legalidad tiene que ajustarse el aval. Plantea el mismo asistente, que cómo ese aval es a primer requerimiento, cual es el **ámbito de la posible oposición a la ejecución del aval**, si se pueden oponer incumplimientos del vendedor, opinan otros asistentes que no, que el banco tendrá que reclamar luego al promotor.

Se plantea también, **la posibilidad, de ejecutar el aval y no resolver el contrato**. La consecuencia es la recuperación de la cantidad anticipada. El comprador ha cumplido perfectamente su obligación de anticipar el precio, llegado el plazo sin finalizar las obras, pide la devolución de lo anticipado, qué es lo que garantizaba el aval, pero con voluntad de que subsista el contrato de

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

compraventa, pagando el precio una vez que acaben las obras. Hay opiniones contrapuestas, entendiéndose que algunos de los asistentes que ejecutado el aval, en función de la fecha de entrega, es inviable que ese contrato pueda seguir. El ponente opina que una cosa es la eficacia o vida del aval y otra cosa el cumplimiento del contrato, la resolución es una facultad que tiene en este caso, el comprador y se quiebra la confianza en la fase final.

Se suscita, en el ámbito del artículo **1124 del Código Civil**, quien ha de cumplir primero, entendiéndose el asistente que plantea la cuestión, que si no pago, no puedo resolver el contrato. Se alega que todo empieza con una entrega a cuenta, opinando el ponente, que el primero que tiene que cumplir es el vendedor que tiene que ofrecer la garantía.

Se insiste en la necesidad de determinar, **cuando** se pasa de una fase a otra, el ponente, remite a la valoración de las circunstancias concurrentes, y a la buena fe contractual que parece indicar que estas cosas se suscitan al principio de la relación contractual. Se plantea por uno de los Magistrados asistentes, que en caso de duda hay que ponerse a favor del comprador, porque es el vendedor el que ha incumplido una obligación, estando de acuerdo el Sr. Orduña, existiendo un cierto carácter tuitivo en la norma que exige el aval y hay que resolver salvo que se acredite esa mala fe.

Con relación a la licencia de ocupación se puso de manifiesto, que dificulta el tema que en ocasiones el plazo es esencial e indefinido.

Conclusiones

La necesidad de valorar en cada caso las circunstancias concurrentes dificulta fijar conclusiones sobre el alcance de la falta de otorgamiento del aval en garantía de cantidades anticipadas o de la falta o retraso de la licencia de ocupación. No obstante, conjugando las intervenciones y la exposición del ponente, se puede concluir que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo avanza hacia la integración de ambas obligaciones en el ámbito contractual y a su carácter esencial, en cuanto son garantía de las obligaciones de esenciales de pago del precio y entrega de la cosa vendida, acudiendo en la valoración como parámetro al principio de la buena fe.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Nota: La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013 (recurso 1410/10), establece que *ante el incumplimiento de una obligación esencial del contrato (entrega de aval o seguro) de forma reiterada y grave procede acceder a la resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil*. En el supuesto contemplado por la sentencia constaba en autos que antes de la terminación de la obra, se había requerido para la entrega del aval, se había requerido de resolución contractual y se había interpuesto demanda.

LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN. LLAMAMIENTO DE TERCEROS AL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN. OPOSICIÓN DEL ACTOR

Moderador: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana y Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

Abre el debate el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, señalando sus inquietudes en torno a la LOE:

(i) Las garantías de la LOE desde la recepción de la obra a fecha de entrega van a estar “en precario”, porque con la crisis actual los plazos habrán pasado. La LOE estará en precario y los jueces tendrán que estar al contrato. Cree que la LOE no va a durar nada cuando se vayan a entregar todas las viviendas que están en stock.

(ii) Comenta un problema que ha apreciado en casación porque la sentencia resolvió conforme al 1591 (ruina funcional) y el recurso venía por infracción de la LOE. Señala que hay jueces que todavía no se han enterado al citar el 1591 en lugar del 17 LOE. Son asuntos tontos que plantean importantes problemas en casación a la hora de resolver. El moderador señala que el artículo 1591 está derogado y que a partir del 5 de mayo de 2000, a una vivienda no se puede le puede aplicar el 1591, sino la LOE.

(iii) Otra cuestión que quiere reseñar es que el “promotor es responsable en todo caso”, del contrato y de la ley, incluso cuando están individualizadas las responsabilidades.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Al hilo de esta cuestión se plantea cuáles son las garantías del subadquirente, a lo que se señala que el tercer adquirente solo va a tener las garantías del contrato, cuando las garantías de la LOE ya no están vivas porque la responsabilidad de la LOE se agota con la extinción de los plazos de garantía. Un interviniente señala que el disparate es la finalidad de la ley que era acabar con los pleitos de construcción, obligando a seguros obligatorios, con la consiguiente repercusión de los costes al consumidor. El problema es que solo se aseguraron los defectos estructurales, cuando las viviendas ya no se caen y el resto de defectos no están asegurados.

(iv) Otro de los problemas que se plantea el moderador es el régimen jurídico: contrato/LOE y las diferencias ya señaladas por la jurisprudencia del TS sobre vivienda construida y entregada y vivienda en construcción (en la que funciona el contrato de arrendamiento de obra). Señala que el problema está en definir claramente lo que es contrato y lo que es LOE. Cita un supuesto resuelto en casación en el que se casó la sentencia de la Audiencia Provincial que atribuyó al arquitecto la responsabilidad por la no construcción de una piscina, cuando esta responsabilidad es una responsabilidad propia del contrato, del que la oferta y no la entrega, no de la LOE. Señala que el tema de las calidades, cuando no hay daño, también es una cuestión que afecta al contrato, sin embargo, se advierten sentencias que están condenado también a los técnicos. Estamos hablando sin daño. Si hay daño, no. Hay una STS de 27 de mayo de 2012, en Burgos, en la que no se había diseñado el depósito de gas. Se condenó en primera instancia al arquitecto, que fue absuelto por la Audiencia Provincial. La sala primera dijo en este caso que la responsabilidad no era del arquitecto sino del promotor al ofertar una casa con calefacción.

A preguntas de un interviniente sobre la responsabilidad cuando en un proyecto con determinadas calidades, el arquitecto señala que se ha hecho conforme a proyecto, pero no ha sido así, el moderador señala que un arquitecto diseña pero no lo hace, que aunque la LOE señala la responsabilidad de cuatro personas, hay otras personas. Tiene sus dudas de que el arquitecto técnico tenga responsabilidad en materia de calidades, más aún cuando está el certificado de calidad.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

(v) Otra cuestión a la que se refiere la jurisprudencia de la Sala es cuando se habla de fracaso generalizado de la obra. Ha habido críticas de que se ha buscado la solvencia de quienes tenían seguro. Hay sentencias que utilizan el cajón desastre de la solidaridad, pero en opinión del moderador hay que determinar quién es el responsable del daño, y determinar los porcentajes, y le sorprende que cuando se determinan porcentajes, sin embargo, se establece la responsabilidad de todos frente a la víctima. Todas las personas tienen que estar al frente de la obra como responsables y en caso de fracaso generalizado, por ejemplo en una caída de plaquetas por falta de junta de dilatación, la responsabilidad hay que buscarla solidariamente en todos.

Señala que la jurisprudencia sigue igual desde 1993 en relación la responsabilidad, que es legal respecto del promotor porque lo dice la ley, el resto surge como consecuencia de la sentencia, que es donde se vincula a los demás agentes junto con el promotor.

El moderador hace también una mención a la jurisprudencia en materia de daño moral. Señala que es un daño extraordinario que necesita mucha acreditación, pero puede existir daño moral en tema de la construcción, otra cosa es que sea extraordinario y se pueda indemnizar. Pero no procede de la LOE y hay que estar a la acción ejercitada, a distintos plazos de prescripción, pero por LOE no.

Una de las cuestiones planteada por los intervinientes es la responsabilidad de grupos de profesionales, por ejemplo, cuando actúan varios arquitectos, a lo que se responde que hay que meterles en su grupo con su cuota y que si no se puede diferenciar entre ellos, todos han de responder por igual.

Se pregunta por la incidencia del Código de la Edificación, del código técnico, a lo que se responde que este código no genera acciones, que es un criterio de *lex artis*, un código de buenas prácticas, pero que las acciones están en la LOE.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Se abre un amplio debate en torno a la Sentencia de Pleno relativa a la intervención de tercero. El moderador señala que en esta sentencia la acción era contractual, pero se quiso entrar en el problema, pese a que la DA 7ª está en la LOE. Precisa que ya había un precedente a esta sentencia de Pleno de 20 de diciembre de 2011 en un tema de accidente de trabajo, sobre una aseguradora, con respecto a la cual, la demandante no dijo nunca que era parte. En este procedimiento la aseguradora había sido absuelta. En casación se anuló el pronunciamiento porque no podía haber ningún pronunciamiento con respecto a la aseguradora. También hay otra sentencia que toca la DA7ª (STS 28 de junio de 2012).

La conclusión es que el tercero interviniente no es parte en el procedimiento. Lo dicho en el procedimiento vincula en la acción de repetición y será ejecutable conforme a la LEC, pero no contra persona ni condenada ni absuelta. El problema es el relativo a las costas. A este respecto se señalan las distintas opiniones. El Sr. Salas indica que su actuación es como simple interviniente y no hay problema de costas, si quiere intervenir, que soporte sus costas. El moderador apunta que existe un trabajo de un catedrático de Gerona que señala que si el actor no se dirige contra el tercero, no es demandado, solo podría convertirse en parte y ser condenado en la sentencia si “el demandado acciona contra él” pero tampoco lo permite la ley con carácter general al no poderse pedir la condena del codemandado. Este catedrático opina que es el actor quien determina el elemento subjetivo de la controversia, y que la DA de la LOE, lo que hace es permitir al demandado demandar, como novedosa manera de accionar por vía de regreso, el demandado pediría la exoneración de su responsabilidad y subsidiariamente la cuota correspondiente. Es una conclusión ingeniosa. El Sr. Seijas precisa que la sentencia de Pleno dice que tampoco cabe desde la perspectiva de la reconversión.

Otro interviniente señala que podría entenderse que habría acciones concatenadas, pero sin encaje en la ley. Las costas las tendrían claras porque si la ley permite el llamamiento y no es parte, está allí porque le puede perjudicar, está obligado a estar y si se absuelve al demandado, debe pechar con las costas, pero si se condena al demandado, las costas del tercero son para el demandado que lo ha traído. Es lo que están haciendo en algunas Audiencias Provinciales.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Otro asistente señala que las costas debe pagarlas el demandado porque si se llama al tercero y el juez dice que tiene derecho a traer al tercero, este no puede marcharse voluntariamente.

Los problemas surgen por falta de previsión del legislador en la disposición adicional, que parecía que iba a resolver los problemas trayendo a todos los responsables, pero no lo resolvió.

El Sr. Salas señala que con determinadas posturas se están cargando postulados básicos del derecho procesal.

Se señala por los interviniente cómo jugaría la cosa juzgada respecto al actor, porque este no lo ha demandado, pero tampoco parece que lo puedas volver a demandar, a lo que se señala por los moderadores que hay que prestar atención a los últimos cambios que se están produciendo en materia de cosa juzgada.

SWAP, CONTRATOS BANCARIOS: SWAP, PARTICIPACIONES PREFERENTES, DEPÓSITOS ESTRUCTURADOS. CLÁUSULAS TECHO Y SUELO.

Moderadores: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel y Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.

Resumen de la exposición inicial

Por D. José Ramón Ferrándiz, se valora positivamente el encuentro como iniciativa clarificadora. Se estructura la exposición en base a dos aspectos: legislación aplicable y la realidad social, que expone D. Sebastián Sastre Papiol y posición del Tribunal Supremo que analiza D. José Ramón Ferrándiz.

Legislación aplicable y realidad social:

De las cuestiones a tratar, únicamente se ha resuelto sobre la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre los swap, en el próximo y cercano Pleno de la Sala, se tratarán las participaciones preferentes, productos estructurados y las cláusulas suelo.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Estos productos suponen un 80% de la actividad bancaria, que debería estar destinado a un 10% de la clientela y no para un 50%.

Las participaciones preferentes, responden a la necesidad de liquidez de ciertas entidades bancarias, principalmente las Cajas, que se intenta obtener acudiendo a las cuotas participativas. Hay razones que justifican la existencia del producto financiero. En España existen desde el año 1993, y hasta el año 2012, se han ido modificando las condiciones necesarias para ser consideradas como recursos propios.

Las participaciones preferentes son títulos de renta fija, emisiones sujetas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Cuando comenzaron a emitirse las participaciones preferentes, era un producto reclamado por su amplia rentabilidad, de forma que nadie prestó atención a la falta de plazo de vencimiento

Los swap, surgen como exigencia del Real Decreto Ley 2/2003, cuyo objetivo era que las entidades financieras ofrecieran a sus clientes una cobertura del riesgo frente a una eventual subida de los tipos de interés, en los préstamos sujetos a intereses variables. Se produjeron liquidaciones positivas hasta octubre, noviembre de 2008, fecha en que hubo un desplome de los tipos de interés.

Las cláusulas suelo y techo, encuentran su justificación en el propio concepto de interés variable, operando como límite a favor del banco o del cliente ante las posibles bajadas o subidas del tipo de interés. Este problema no se suscita en otros países como Francia en el que rige un interés fijo. El tipo de interés de referencia en los préstamos a interés variable, no debe atender a un plazo breve, ha de referenciarse un interés a largo plazo, cuando el préstamo es también a largo plazo.

Gran parte de las dificultades surgen de la bicefalia existente: Comisión Nacional del Mercado de Valores y Banco de España. Los swap quedan sujetos a dos ámbitos normativos diferentes y la competencia para resolver las reclamaciones corresponde a uno u otro órgano en función de la vinculación del swap a otro producto bancario. Si el swap está vinculado a otra operación crediticia, las reclamaciones se dirimen por el Banco de España, y no resulta de aplicación la Directiva Mifid porque existe la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios,

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

que entró en vigor en el año 2012 y que es más exigente, en cuanto a las obligaciones de transparencia y de diligencia, que la Directiva europea. El swap como derivado financiero no vinculado se rige por la Ley del Mercado de Valores bajo la supervisión de la CNMV y rigen los principios europeos de tutela del inversor de la Directiva Mifid.

Entiende el moderador que la eclosión de procedimientos judiciales, en relación a las participaciones preferentes, también obedece a una nefasta carta de presentación de la Comisión Nacional de Valores, que en junio de 2010, recomendó a la banca que hiciera desaparecer los mercados secundarios de renta fija. En octubre de 2011 ya expresamente se prohíbe y todos los productos, que sostenían su valor en el mercado secundario, se llevaron a un mercado de cotización oficial. Esta situación obliga a una fijación objetiva de precios a efectos de cotización, que produce que el inversor vea reducido el valor de su producto. El Banco de España autorizó la conversión de las preferentes en otros productos subordinados, surgiendo los mayores inconvenientes para los clientes que no aceptaron el canje propuesto y que reducía las pérdidas. Se dio un plazo de treinta días para el canje de preferentes por obligaciones subordinadas. .

Entre los productos que ofreció la Banca (como swap y cap), era más fácil colocar el swap. Por la Banca, al realizar esas colocaciones se faltó en ocasiones a las obligaciones de transparencia. La normativa pre-Mifid, el Real Decreto 629/1993 su artículo 16 y Código de Conducta, ya contenía las más importantes obligaciones que se recogieron en la Directiva Mifid, y posterior Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero de 2008

Hay que tener en cuenta que el artículo 79 quáter, de la Ley de Mercado de Valores, exime de las normas de transparencia de los servicios de inversión, a los productos vinculados, que se rigen por la normativa sectorial, que es la Circular 5/12 del Banco de España.

Posición del Tribunal Supremo

Se analiza la Sentencia número 665/12 de 15 de noviembre, en que la cuestión suscitada era la interpretación de las cláusulas del contrato. En el supuesto contemplado por la referida sentencia, la entidad financiera concede un préstamo con garantía hipotecaria a un matrimonio, fijando los intereses en un contrato tipo. Se sustituyó el interés variable por un interés fijo, pidiendo los clientes la extinción al cobrarles el banco más dinero. La discusión era si se

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

debía o no la cantidad por cancelación. Demandan los prestatarios para que se diga que no deben esa cantidad, el Juzgado desestima la demanda y la Audiencia Provincial, revoca la sentencia de instancia.

El interés de la Sentencia se centra en la determinación de la legislación aplicable. Se citan como infringidos preceptos del Código Civil, pero no se decía nada de la normativa bancaria, ni la reguladora del producto financiero. El artículo 79 quáter de la Ley de Mercado de Valores, remite a la legislación sectorial.

Se apunta por el Sr. Sastre, la Circular del Banco de España 8/1990 que fue sustituida por la Circular 5/2012 sobre transparencia de productos bancarios, que desarrolla la Orden 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

La Sentencia del Tribunal Supremo número de 683/12, de 21 de noviembre, atiende a un supuesto distinto. Se trata de una sociedad mercantil que había celebrado contratos anteriores con normal funcionamiento entre las partes, hasta que fueron sustituidos por otros, sin que pudiera apreciarse por esta circunstancia un error invalidante del consentimiento.

Cuestiones suscitadas

Se plantea si la referencia a que esos productos deberían estar destinados sólo a un 10% de los clientes, responde a la **complejidad del producto**. Por el ponente se indica que todas las operaciones del artículo 12 de la Ley de Mercado de Valores, son productos financieros complejos, por eso exigen conocer al cliente y dar a conocer al cliente información. Los test de conveniencia e idoneidad suponen recogen información del cliente y exigen dar información. El test de idoneidad exige conocer la situación financiera y los proyectos de inversión del cliente, cuando se trata de prestar asesoramiento financiero. Para lo que es comercialización procede el test de conveniencia. Hay que atender al caso concreto. La directiva Mifid, clasifica: clientes, productos y actividad.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Se pone de relieve por uno de los intervinientes que el noventa por ciento de las Audiencias Provinciales está declarando la nulidad de los contratos swap, que lo que está llegando ahora a los Juzgados son las preferentes y es necesario diferenciar entre producto bancario y producto financiero porque el swap es un híbrido. Judicialmente se atendía al cumplimiento de garantías. Por el ponente se expone que hay que atender, en las **obligaciones de diligencia de información**, al tipo de cliente y a los riesgos del producto, que para las personas llanas exige la posibilidad de contemplar distintos escenarios y resultar claros. El Banco de España exige que figuren las formulas de liquidación, que pueden no entenderse, pero es necesario que se expresen con claridad los parámetros de esa liquidación y por supuesto ha de fijarse el coste de la cancelación.

Por el Sr. Ferrándiz se aclara que una cosa es **la infracción de las normas de información** y transparencia y otra cosa es si ha habido **error en el consentimiento**. Son cosas diferentes, insisten los dos ponentes, y es necesario deslindar los dos conceptos. Se hace referencia a la Sentencia 683/12. El problema se plantea cuando hay un incumplimiento de las normas de información, en el supuesto que contempla la sentencia se trataba la sociedad mercantil tenía conocimiento por los contratos anteriores.

Se pone de relieve por un asistente la **incertidumbre** generada: el Banco de España en 2008-2009 dice que era un producto complejo, luego en 2010, que no lo es. El Sr. Sastre apunta que ya el artículo 2.2 de la Ley de Mercado de Valores, decía que se trataba de un producto financiero, añade el asistente, que si está vinculado a un contrato hipotecario es un producto bancario. Diferenciación que según refiere el ponente nos han impuesto.

Se citan las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 9 de enero de 2013 que fijan que los créditos derivados de los contratos de swap no vinculados son concursales.

Se cuestiona la posible **previsión en la evolución de los tipos de interés**. El Sr. Sastre expone que puede haber una tendencia que, en circunstancias ordinarias, permita prever la evolución del tipo de interés, pero es imposible una previsión ante circunstancias diferentes que puedan producirse.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

Se comenta por los asistentes, que los asuntos sobre preferentes se están quedando en los Juzgados de primera instancia, se acatan las sentencias sin acceder a las Audiencias Provinciales.

Se pregunta qué va a hacer el Tribunal Supremo con las **cláusulas suelo***, que la Sección Quinta de Sevilla entiende que no son abusivas, remitiéndose el ponente a la discusión que tendrá lugar en el Pleno que próximamente se va a celebrar.

Se plantea la posibilidad de un **swap vinculado a una cláusula suelo**, entendiendo el Sr. Sastre que es un despropósito contratar swap y un floor. En su caso, sería más adecuado un collar.

Por uno de los Magistrados asistentes, se refiere que en ocasiones se está alegando la falta de **legitimación pasiva de los Bancos**, en base a que son meros comercializadores y no los emisores. El Sr. Sastre responde que el banco también pierde si pierde el cliente (pero menos), en función del contrato espejo que hay detrás del swap, concertado entre el banco y la sociedad inversora. La falta de legitimación pasiva dependerá de lo que figure en el contrato, si en este consta o no la efectiva la intervención del banco como mero intermediario.

Planteado el **valor nominal** (referencia cuantitativa sobre la que ha de fijarse el tipo de interés a liquidar), el ponente indica que se puede contratar un swap que nada tenga que ver con el nominal contratado, esa doble función de cobertura y de especulación, determina que exista un cierto grado de incertidumbre que afecta a la causa del contrato.

Conclusiones

No se puede entender que sobre este tema se haya alcanzado algún tipo de conclusión. Se pone de relieve por los asistentes la necesidad de una respuesta rápida por parte del Tribunal Supremo.

* Nota. El 20 de marzo de 2013, se publicó nota de prensa comunicando que la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, ha acordado estimar parcialmente el recurso de casación 485/2012) en el que se planteaba cuestión jurídica sobre las denominadas “cláusulas suelo”. La Sala acuerda atender al canon de transparencia

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

para la valoración de su posible nulidad y sin que la nulidad declarada conlleve devolución de las cantidades ya satisfechas.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIAS DE PLENO E INTERÉS CASACIONAL. EXAMEN DE LAS DICTADAS EN EL AÑO 2012.

Moderador: Excmo. Sr. D. Francisco Martín Castán.

Comienza la intervención haciendo una referencia al dialogo que se produce entre tribunales señalando cómo el TJUE acaba de dar una muestra de cómo el diálogo del juzgado de lo mercantil de Barcelona acaba provocando una auténtica conmoción en España. Hay un libro que dice que “la esperanza del ciudadano está en el Juez” y en este caso se demuestra. En su opinión, la STJUE ha declarado lo evidente, que nadie puede ser desahuciado sin la posibilidad de alegar la abusividad.

Comenta brevemente la última jurisprudencia relativa a la cláusula *rebus sic stantibus* señalando que las dos sentencias dictadas son de Pleno, y no son por interés casacional y se dirigen contra sentencias de una misma Audiencia Provincial acordando la resolución del contrato de compraventa a petición del comprador por la imposibilidad de obtener financiación. Se estima el recurso de la vendedora manteniendo que la crisis económica, por si sola no permite la resolución del contrato. En el caso solo se alegó imposibilidad de financiación aportando un documento de una entidad bancaria que acreditaba que no se le había dado un préstamo. En estas sentencias no se descarta que en la compraventa, siempre que concurren determinadas circunstancias, se pueda aplicar la regla *rebus sic stantibus*, que en definitiva se traduce en una suavización de las obligaciones. La decisión del Pleno era o decir que las dificultades de financiación permitían resolver o decir que no, conforme a la jurisprudencia más asentada, pero se optó por una solución intermedia, decir que no se descartaba, porque puede haber casos, en los que el cambio de circunstancias pueda ser relevante.

Se destaca por el moderador la inmersión de la Sala en las situaciones de crisis. La semana que viene hay dos asuntos: Lehman Brother y Madoff. En su caso un cliente bancario que señaló que su perfil era conservador, le invirtieron en un fondo que quedó afectado y perdió todo. Se va a deliberar también un recurso, sobre la exigencia de comunicación escrita para la subrogación en los

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

arrendamientos urbanos (STS 30 noviembre de 2011), en el que la Audiencia Provincial de Barcelona argumenta denegando la resolución haciendo un examen que hace pensar.

El moderador, realizando un repaso de la jurisprudencia más reciente de la Sala, destaca las siguientes:

-STS 30 mayo de 2012: atribución de vivienda familiar a los hijos incapacitados

-STS de 18 junio 2012: aplicación relativa del principio de rogación: que no puede alegarse incongruencia por no haberse alegado el interés del menor porque es una cuestión que debe examinar el Juez.

-STS 9 mayo 2012: atribución segunda residencia como domicilio familiar: no es objeto.

-STS 13 abril 2012: legitimación de Comunidad de Propietarios cuando existen defectos constructivos para reclamar daños morales.

-STS 30 marzo 2012: atribución de vivienda familiar y derechos de hijos mayores de edad; mayoría de edad se da derecho a alimentos, si procede, pero no atribución de vivienda familiar.

-STS 10 enero 2012: sobre cierre de elementos comunes. Hay que respetar los derechos con arreglo a los estatutos de los locales.

Como Sentencias de interés casacional de Pleno: ha habido sentencias importantes

-STS 16 de enero de 2012: títulos nobiliarios que establece el ámbito de aplicación de la ley reguladora.

-STS 10 enero de 2012 sobre usucapión del título nobiliario.

-STS 10 de diciembre 2012 no de pleno: expediente administrativo de un título a favor de un pariente cuando se comete un engaño. La sentencia dice que la nobleza es incompatible con el engaño.

-STS 18 enero de 2012 de pleno: adopciones ficticias: anula una adopción ficticia.

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

-STS 3 de abril de 2012 por interés casacional: Caso Google: aprovechamiento de resúmenes de prensa. Artículo 31 de la LPI, modificado en 2006, requisito de vigencia inferior a 5 años. Se plantea la adaptación del derecho español al derecho europeo en materia de excepciones al derecho de autor. Se dice que las excepciones son taxativas, que son las enumeradas por la ley y no las basadas en el *ius usi inoqui*.

-STS 9 de junio 2012: en procedimiento registral: validez de escritura pública de compraventa otorgada ante notario alemán.

Señala que el recurso por interés casacional, cuando se admite, es la vía para examinar importantes infracciones procesales. (“los fantasmas de la LEC”).

-STS 10 de septiembre de 2012: estimación de la infracción procesal al no considerar necesaria la reconvención de la esposa porque se había introducido por el esposo anticipándose diciendo que no tenía derecho a pensión compensatoria. Se consideró no necesaria la exigencia de reconvención porque la cuestión había sido introducida en el debate.

-STS 10 de septiembre de 2012: resuelve la acumulación de acción de reclamación de cantidad contra sociedad y la responsabilidad contra administradores. Resuelve importantes polémicas doctrinales y jurisprudenciales: competencia del juzgado mercantil, pero en el caso se resuelve a favor del de primera instancia por las peculiaridades del caso al haberse presentado la demanda antes de la creación de los juzgados de lo mercantil.

Un interviniente señala que si existe una demanda con 22 acciones acumuladas contra el administrador, una responsabilidad civil *ex delicto*, de división de cosa común, hasta dónde puede llegar la facultad de acumulación. El moderador señala que lo discutible no es tanto la competencia sino si es posible esa acumulación, señala que habría que ver la demanda porque si también incorpora, como señala el interviniente, la acción de disolución de gananciales, parece que no sería posible.

Otro interviniente señala el cambio jurisprudencial producido en torno a la legitimación del presidente de la comunidad de propietarios al exigirse un previo acuerdo de la junta que autorice expresamente al presidente para ejercitar las acciones judiciales en defensa de la comunidad, a raíz de la STS

Encuentro Sala Primera y Magistrados de Audiencias Provinciales

de 10 de octubre de 2011. Se señala que la postura parece correcta cuando es contra un comunero, pero se plantea si esta exigencia sería necesaria cuando se actúa en beneficio de la comunidad, por ejemplo contra un tercero.

-STS 18 de julio 2012: procedimiento registral: DGRN, legitimación del registrador: constitución de sociedad cuyo objeto era el asesoramiento jurídico, se denegó la inscripción por el registrador porque se dijo que debía regirse por la ley de protección de sociedad de profesionales.

Un interviniente señala la preocupación generalizada con respecto a la doctrina de los intereses moratorios. El moderador no descarta fijar un interés a partir del cuál sería abusivo un interés si llega al Supremo, lo ideal sería que se hiciera en una ley. Se genera un intenso debate sobre las posiciones: el problema es grave, de carácter procesal porque no se puede integrar a no ser que te pidan otro interés, y tendría que haber una comparecencia...

Uno de los asistentes señala que sería interesante que la Sala se pronunciara sobre la legitimación pasiva en juicios verbales contra la calificación del registrador por la existencia de jurisprudencia contradictoria entre Valladolid y Salamanca en una liquidación de gananciales, porque para la Audiencia Provincial de Salamanca considera que debe demandarse al registrador y para Valladolid a la DGRN.

El moderador opina que habría que abrir una vía para que determinadas cuestiones lleguen (por ejemplo, para los monitorios) porque el problema de la disparidad de criterios en determinadas materias viene de atrás, por ejemplo en la actuación de oficio en los intereses o el carácter abusivo.

CLAUSURA DE LAS JORNADAS.

Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

El Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, procede a la clausura del encuentro con una breve reflexión sobre el papel del Juez, al hilo de la reciente sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2012. A su juicio, hay que valorar los grandes principios del Derecho y esta sentencia, ha venido a decir entre líneas, que se está dando un valor excesivo a la norma, que el juez nacional es ante todo un juez comunitario, que por encima de la norma nacional está el Derecho comunitario, y lo que debe guiar nuestra actuación, son los principios generales del Derecho.