

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 72

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1116/2015] DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña]

Contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías: la cláusula relativa a la «exoneración de responsabilidad de la aseguradora por el robo de la mercancía estacionada en espacios o recintos sin la debida vigilancia» es una cláusula limitativa de los derechos de los asegurados, que debe destacarse de modo especial en el contrato y debe ser específicamente aceptada por escrito.

«El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la calificación que corresponde, bien de cláusula limitativa de derechos del asegurado, o bien de cláusula delimitadora del riesgo cubierto, a una cláusula contenida en las condiciones generales de un contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías. Todo ello, con relación al cumplimiento de los deberes formales del asegurador previstos en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS).

2. La cláusula objeto de la litis, contemplada en las condiciones generales del contrato de seguro, en el capítulo dedicado a la «ampliación de cobertura», presenta el siguiente tenor: «[...]Artículo 19.º. Robo

» Por esta garantía quedan cubiertas las pérdidas que el Asegurado sufra por la desaparición o deterioro de las mercancías aseguradas a consecuencia del robo o tentativa del mismo.

» No serán a cargo del Asegurador las reclamaciones de robo o tentativa del mismo, cuando el medio de transporte o contenedor y/o la carga, hayan sido dejados estacionados o depositados en calles, almacenes, muelles u otros espacios o recintos, sin la debida vigilancia.

» Por debida vigilancia se entenderá:

»- En paradas (que no correspondan con operaciones de carga y/o descarga) cuya duración no exceda de 3 horas, y que no se realicen entre las 22 horas y las 6 horas del día siguiente: El vehículo deberá encontrarse completamente cerrado, utilizando todos los dispositivos de cierre, alarma y bloqueo de que disponga, en lugares propios de estacionamientos de vehículos, quedando excluidos aquellas calles o zonas solitarias.

»- En paradas que excedan de 3 horas, o que se realicen entre las 22 horas y las 6 horas del día siguiente (que no correspondan con operaciones de carga y/o descarga): Además de lo estipulado en el párrafo anterior, el vehículo deberá quedar estacionado en zonas de aparcamiento custodiado ininterrumpidamente, o en garajes con vigilancia permanentemente.

» Los reconocimientos deberán practicarse antes de hacerse cargo el receptor de las mercancías:

» A) En los muelles de descarga, dentro de las cuarenta y ocho horas de verificada ésta, cuando las mercancías no estén sujetas a visita aduanera.

» B) En la aduana, si estuvieran sujetas a visita aduanera, pero siempre necesariamente, dentro del plazo de veinte días después de verificada la descarga. En este caso, deberá suministrarse al asegurador el comprobante de que los bultos habían sido ya descargados con señales de violación o rotura en sus envases.

» Incumplida cualquiera de las condiciones que preceden, el Asegurador quedará exento de cualquier responsabilidad».

3. En síntesis, la entidad F. Lli Pereti de Massimo Fereti S.A.S, propietaria de la mercancía transportada, presentó una demanda contra el transportista de la misma, don Everardo, y contra su compañía aseguradora, Axa Seguros Generales S.A, por la que solicitaba la condena solidaria al pago de la cantidad de 207.509,50€, más los intereses del artículo 20 LCS, por la pérdida de la mercancía a consecuencia del robo del trailer en una zona de estacionamiento no vigilada de la Junquera.

El transportista alegó la falta de prueba respecto de la cuantía reclamada, así como que tenía cobertura de seguro por el robo de la mercancía.

La compañía aseguradora se opuso a la demanda y alegó la citada falta de prueba de la cuantía reclamada y que, en todo caso, no se trataba de un riesgo cubierto en el contrato de seguro.

4. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. En lo que aquí interesa, consideró que la cláusula decimonovena de las condiciones generales del contrato de seguro no definía el riesgo, sino que venía a excluir la cobertura del mismo en casos concretos imputables a la conducta del asegurado, por lo que debía calificarse de cláusula limitativa de los derechos, sin que en el presente

caso se hubiera cumplido con las formalidades previstas en el artículo 3 LCS, pues dicha cláusula ni venía resaltada, ni firmada en el contrato de seguro. Aparecía en el pliego de las condiciones generales sin que, a su vez, estuviera resaltada o constase la firma del asegurado.

5. Interpuesto recurso de apelación por la compañía aseguradora, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.

6. Frente a la sentencia de apelación, la compañía aseguradora interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO. Contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías. Cláusula relativa a la «exoneración de responsabilidad de la aseguradora por el robo de la mercancía estacionada en espacios o recintos sin la debida vigilancia». Carácter limitativo de derechos del asegurado de la referida cláusula, artículo 3 LCS. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, se denuncia la infracción del artículo 3 LCS por aplicación indebida de los requisitos y exigencias que impone a una cláusula que no es limitativa, sino delimitadora del riesgo objeto de cobertura.

Argumenta que existe una disparidad de criterios en cuanto a la interpretación que ha de darse a las cláusulas sobre cobertura de robo incluidas por la práctica totalidad de las entidades aseguradoras en las pólizas de seguro de transporte terrestre de mercancías, de redacción idéntica, entendiéndose por algunas Audiencias Provinciales que este tipo de cláusulas tiene la consideración de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 3 de la LCS y entendiéndose por otras Audiencias Provinciales como cláusulas delimitadoras del riesgo a las que no resultan de aplicación el artículo 3 de la LCS. Añade que, en el presente caso, la cláusula 19.ª constituye una cláusula delimitadora del riesgo a la que no le resulta de aplicación el artículo 3 LCS, conforme a la decisión de la mayoría de Audiencias Provinciales.

2. El motivo debe ser desestimado.

Constatado el criterio dispar seguido por las Audiencias Provinciales en torno a la citada cláusula, esta sala, con relación a la distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo objeto de la cobertura del seguro y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado tiene declarado, entre otras, en la sentencia 273/2016, de 22 de abril, lo siguiente: «[...]La sentencia 853/2006, de 11 de septiembre,

sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de esta Sala 1.a, (verbigracia sentencias núm. 1051/2007, de 17 de octubre; y 598/2011, de 20 de julio), según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal.

» Otras sentencias posteriores, como la núm. 82/2012, de 5 de marzo, entienden que debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata, pues, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes).

» Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (sentencias 268/2011, de 20 de abril; y 51612009, de 15 de julio).

» La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares».

En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la cláusula objeto de la litis no puede ser calificada como una cláusula delimitadora del riesgo, dado que su contenido, interpretado de forma sistemática, no se ajusta a la naturaleza y función de esas cláusulas, esto es, no trata de individualizar el riesgo por robo de la mercancía y de establecer su base objetiva. Por el contrario, el criterio que incorpora, de un modo determinante [«estacionamiento en espacios o recintos, sin la debida vigilancia»], fuera de establecer o definir la base objetiva del riesgo, viene a limitar la cobertura inicialmente pactada con establecimiento de una reglamentación que se aparta del contenido natural del contrato celebrado, y de lo que puede considerarse usual o derivado de las cláusulas introductorias o particulares (entre otras, STS 273/2016, de 22 de abril).

De ahí que por la trascendencia que tiene para el asegurado, dicha cláusula deba quedar sujeta a las exigencias formales del artículo 3 LCS a fin de garantizar el pleno conocimiento por el asegurado de la misma y de su respectivo alcance, todo ello conforme a la reiterada aplicación del principio de transparencia en el contrato de seguro».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1209/2015] DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2017 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Concurso de acreedores: liquidación. Enajenación de un bien inmueble de la concursada que está gravado con hipoteca y que se transmite junto con el resto de los bienes de la unidad productiva: cancelación de la garantía. La función calificadora no permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, pero sí comprobar que el mandamiento judicial deja constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los acreedores hipotecarios afectados por la venta directa del bien hipotecado. En consecuencia, debe denegarse la cancelación ante la falta de constancia en el mandamiento judicial de aquellos requisitos, sin que pueda censurarse esa denegación porque se llegue a acreditar que en la realidad se cumplieron.

«La sociedad Gentina S.A. fue declarada en concurso de acreedores el 20 de diciembre de 2011.

El 19 de junio de 2012, se abrió la fase de liquidación y se requirió a la administración concursal para que presentase el plan de liquidación. El 20 de junio, la administración concursal presentó el plan de liquidación, en el que interesaba la enajenación unitaria del bloque empresarial. Este plan de liquidación fue aprobado el 17 de julio.

Aldama Europea, S.A., el 16 de agosto de 2012, presentó una oferta de compra por 850.000 euros, con el compromiso de mantener la actividad industrial y conservar parcialmente los puestos de trabajo. También pedía expresamente la cancelación de las cargas que pesaban sobre los bienes transmitidos con la unidad productiva.

Mediante escrito de 31 de agosto de 2012, la administración concursal solicitó del juzgado la aprobación de la oferta, porque a su juicio se adaptaba al plan de liquidación aprobado.

Tanto en el plan de liquidación como en la oferta se preveía al reparto del precio obtenido por la totalidad de la unidad productiva, en función del valor de los bienes y derechos que formaban parte de ella. A los bienes afectados por una garantía real que otorgaban a su acreedor un privilegio especial, se les asignaba el 47% del importe de la venta. Se preveía expresamente la cancelación de cargas al destinarse el importe obtenido por la venta de estos bienes al pago de

los créditos garantizados, de conformidad con el art. 155 LC y el plan de liquidación.

Mediante auto de 2 de octubre de 2012, el juzgado, tras razonar que la oferta realizada por la entidad Aldama se adaptaba al plan de liquidación, autorizó la transmisión de todos los bienes y derechos por el precio ofertado, y acordó que, verificada la transmisión, quedaran canceladas cuantas cargas existiesen en los registros.

El 21 de marzo de 2013, el administrador concursal, en representación de la concursada, transmitió a Aldama todos los bienes y derechos de la concursada en los términos y condiciones establecidos en el plan de liquidación. Entre los bienes se encontraba la finca registral 20.832 del Registro de la Propiedad de Sarria. La transmisión se efectuó libre de cargas.

Solicitada la inscripción de la transmisión, la registradora de Sarria suspendió su práctica, porque las entidades acreedoras no habían prestado su consentimiento a la cancelación y no se había expedido mandamiento de cancelación de cargas por el juzgado.

Con el fin de subsanar el defecto, se solicitó el mandamiento de cancelación de cargas, que fue expedido por el juzgado el 7 de junio de 2013. Este mandamiento transcribía la providencia de 22 de marzo de 2013, en la que se acordaba que, una vez completado el proceso de venta, se procedería a la cancelación tanto de la declaración de concurso como de las cargas anteriores al mismo.

La registradora emitió una nueva nota de calificación en la que señalaba en lo que aquí interesa, lo siguiente: «No se puede despachar el mandamiento de cancelación hasta que se presente el Auto de Declaración de Concurso y el Auto de Apertura de la fase de liquidación. Si el deudor tuviera bienes inscritos en registros públicos, se inscribirá en el folio correspondiente a cada uno de ellos la declaración de concurso. Publicada la anotación de concurso y la fase de apertura de liquidación podrá cancelarse lo ordenado en el presente procedimiento judicial».

En contestación a tal calificación, Aldama acompañó, atendiendo al requerimiento, los siguientes documentos: el mandamiento que ordenaba la anotación del concurso de Gentina, S.A.; el mandamiento que ordenaba la apertura de la fase de liquidación de Gentina S.A.; un testimonio del auto de fecha de 2 de octubre de 2012, que autorizaba a la administración concursal para la transmisión de los activos de Gentina S.A., en el que constaba su firmeza; y un mandamiento que ordenaba la cancelación de cargas sobre la finca 20.832, en el que constaba la firmeza de la resolución que lo acordaba.

El 13 de agosto de 2013, la registradora emitió una nueva calificación en la que, por tercera vez, acordaba la suspensión de la inscripción solicitada, con base en la siguiente motivación: «se solicita la cancelación de la

anotación de declaración de concurso, así como las cargas anteriores especialmente la carga hipotecaria (5.400.000 euros de principal) que grava la finca registral 20.832 de Sarria, a favor de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., Banco Español de Crédito S.A. y Caja de Ahorros del Mediterráneo. El mandamiento se dicta dentro del concurso 0001288/2011 seguido en el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Lugo (Mercantil de Lugo) respecto de Gentina S.A. en liquidación, consultado el Registro Público de entidades concursales el Auto de apertura de la fase de liquidación de 19/06/2012 no es firme. Bajo el asiento 1445 de Libro Diario se presenta escritura de compraventa de la finca registral nº 20.832 de Sarria en la que se advierte en el apartado cargas de la existencia de la hipoteca y que hay un proceso en curso ante el Tribunal Supremo relativo a la cancelación de la hipoteca. Bajo el asiento 1505 de Libro Diario se presenta la sentencia de 27/07/2013 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo solicitando el Banco Sabadell como sucesor de Banco Cam S.A.U. y a su vez de Caja de Ahorros del Mediterráneo anotación preventiva sobre la registral 20.832. La registradora que suscribe estima que, de los documentos presentados al Libro Diario, el mandamiento judicial de cancelación de la hipoteca que garantiza 5.400.000 euros de principal sobre la finca 20.832 de Sarria, es contrario a lo acordado en el art. 155 LC. Según doctrina emanada del Tribunal Supremo en sentencia dictada el 27/07/2013 "».

2. Contra esta calificación registral, Aldama interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), el cual fue desestimado mediante Resolución de 18 de noviembre de 2013. La DGRN considera correcta la nota de calificación respecto de la no acreditación de los requisitos exigidos por el art. 155.4 de la Ley Concursal, necesarios para que se pueda cancelar la hipoteca como consecuencia de la enajenación del inmueble hipotecado dentro de la liquidación concursal de la sociedad titular del bien hipotecado (Gentina).

3. Aldama, entidad compradora y solicitante de la inscripción registral, presentó una demanda contra la resolución gubernativa, en la que pedía que se procediera a la cancelación de cargas denegada.

4. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. Entre otros argumentos, puso de manifiesto lo siguiente:

«(...) la calificación negativa de un Registrador de la Propiedad, respecto de un documento expedido por la autoridad judicial, no constituye una injerencia en la función jurisdiccional del Juzgado o Tribunal que hubiera ordenado la inscripción o anotación calificada negativamente por aquél. Y sin que tampoco quede desconocido, en este caso, el derecho a la tutela judicial efectiva que en el art. 24 de la Constitución se reconoce a las partes litigantes del proceso judicial en el que se hubiera ordenado la inscripción».

Asimismo, razonó que la Ley Hipotecaria no excluye de la calificación del registrador el contenido de los títulos emitidos por la autoridad judicial y, así, el art. 18.1 no

discrimina en absoluto la naturaleza del título inscribible a los efectos de la calificación del registrador. Además, el art. 100 del Reglamento Hipotecario determina que el ámbito de calificación de los documentos judiciales a realizar por el registrador se extenderá a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. También citó el art. 3 LH.

En cuanto al argumento de la DGRN relativo a la no acreditación del cumplimiento de los demás requisitos exigidos por el art. 155.4 LC, se remite a los argumentos vertidos por el abogado del Estado, en cuanto indica que, propiamente, no se pone en tela de juicio la efectiva intervención de los acreedores hipotecarios en el procedimiento concursal (intervención que corroboró además en dicho acto el administrador concursal), sino si el mandamiento que pretendía acceder al Registro de la propiedad expresaba que ello había sido efectivamente así, ya que, como parece obvio, la registradora no fue parte en el concurso. Y concluyó: «...debiera constar de forma expresa en el mandamiento que los acreedores hipotecarios tuvieron conocimiento del plan de liquidación y de las medidas tomadas en relación a la satisfacción del crédito privilegiado, ya que estamos ante un inmueble afecto a un privilegio especial...».

5. Apelada la sentencia de primera instancia por Aldama, la Audiencia estima el recurso, revoca la sentencia recurrida y acuerda la cancelación de las cargas anteriores, y en concreto la hipoteca constituida a favor de Banco Español de Crédito, BBVA, y Caja de Ahorros del Mediterráneo.

La Audiencia para centrar la controversia parte de la consideración de que, de las objeciones formuladas por la registradora para justificar la calificación negativa, la DGRN tan sólo admitió el incumplimiento de los requisitos del art. 155.4 LC para la cancelación de la hipoteca, y en concreto que no constaba el conocimiento de los acreedores hipotecarios.

Después, el tribunal advierte que ha habido «una cierta modificación de los términos de la controversia durante la fase administrativa pues en la tercera calificación negativa de la Sra. Registradora se deniega la cancelación al entender el mandamiento contrario a lo acordado en el art. 155, según doctrina emanada del Tribunal Supremo en sentencia dictada el 27/07/2013». La sentencia de apelación entiende que dicha motivación es novedosa para el recurrente, que había subsanado cuantos defectos formales habían sido advertidos por la registradora en su calificación, que son los relativos a las dos calificaciones previas resueltas por la DGRN en sentido favorable a Aldama.

Pero esta advertencia no viene seguida de ninguna consecuencia que justifique la estimación del recurso de apelación. La sentencia lo que hace a continuación es justificar que «no obstante lo expuesto, como lo que es

objeto del debate no es precisamente esa decisión formal, procede entrar en el fondo de la cuestión». Y, a su juicio, el fondo de la cuestión vendría determinada por la siguiente afirmación de la RDGRN: «Sin embargo tiene razón la nota de calificación en relación a la no acreditación del cumplimiento de los demás requisitos exigidos en el citado artículo 155.4 de la Ley Concursal para la enajenación de activos en virtud del plan de liquidación cuando existan bienes afectos a privilegio especial, como ocurre en el supuesto de hecho de este expediente en relación a la finca hipotecada».

La Audiencia razona que, de conformidad con el art. 18 LH y, sobre todo, del art. 100 RH, el registrador no puede revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, sin perjuicio de que sí pueda, dentro de la tutela de los intereses de terceros afectados, «comprobar si han intervenido todas las personas a quienes la inscripción correspondiente concede algún derecho para evitar su indefensión».

Luego analiza cuál fue la participación de los acreedores hipotecarios afectados en el procedimiento de liquidación: «Del relato de hechos, no discutido, se desprende que hubo intervención y conocimiento de los acreedores titulares de la carga cuya cancelación nos ocupa, de la existencia de un plan de liquidación que contemplaba la venta de la empresa con la totalidad de activos. También lo hubo de que se produjo una única oferta, no mejorada, con determinados compromisos en relación con la continuidad de la actividad empresarial, pero con total ausencia en la asunción de otras cargas, sin más compromisos que los que figuran en el plan de liquidación aprobado, y de que se autorizó la venta y una vez producida se ordenó la oportuna cancelación».

» En todos esos trámites intervinieron los acreedores llegando a discutir alguna decisión judicial obteniendo las oportunas resoluciones judiciales que ponderaron los intereses en conflicto».

Lo anterior le permite concluir: «La calificación de la Registradora parece basada en una discrepancia con la valoración judicial lo que excede el ámbito de la calificación de este tipo de documentos, pues los afectados por la misma tuvieron conocimiento de todos los trámites y ejercitaron su defensa en la forma que consideraron más conveniente».

» Desde esa perspectiva, la mera ausencia formal de la circunstancia en el mandamiento cuando materialmente está acreditada la misma, no puede erigirse como motivo para denegar la calificación sino únicamente para solicitar la subsanación, sin que pueda sustituirse la decisión judicial por la del Registro, so pena de alterar las respectivas funciones».

La Audiencia aporta otra razón de refuerzo, que apoya mediante la invocación de la normativa actual, introducida por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, en concreto del

actual art. 149 LC. Como es consciente de que se trata de una normativa posterior al acaecimiento de los hechos, la cita como «elemento interpretativo». El razonamiento es el siguiente: «En el plan de liquidación y en la oferta presentada se contempla expresamente la eventual existencia de créditos con privilegio especial a los que se dio un tratamiento específico asignándosele un porcentaje especial del precio de la venta proporcional a la valoración del activo. Finalizado el concurso, tras la venta de la unidad productiva, con el cobro del precio ofertado, se produce la extinción de los créditos anteriores al concurso con lo que de "facto" estamos ante una suerte de pérdida sobrevenida del objeto al tratarse de una garantía accesoria a un crédito ya extinguido por el procedimiento concursal».

6. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por Banco de Sabadell (sucesor de Caja de Ahorros del Mediterráneo), sobre la base de dos motivos, y también por la DGRN, cuyo recurso se articula en un solo motivo.

En la medida en que los dos motivos del recurso de casación de Banco de Sabadell y el único motivo del recurso de la DGRN se refieren a las mismas cuestiones, vemos conveniente abordarlos conjuntamente.

SEGUNDO. Formulación de los motivos de ambos recursos de casación

1. Formulación de los motivos primero y segundo del recurso de casación de Banco de Sabadell. El motivo primero se funda en la infracción de los arts. 18 LH y 100 RH, en relación con los arts. 155.4 LC y 132 LH, y en la oposición a la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2013 y 13 de noviembre de 2013. En esta infracción incurre la sentencia recurrida cuando considera que la calificación de la registradora se excedió del ámbito de calificación previsto por la Ley para los documentos judiciales.

El motivo segundo se funda en la infracción del art. 155.4 LC, en relación con los arts. 149.3, 155.1 y 155.3 de la LC, y en la infracción de lo resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de julio de 2013, al acordar la sentencia recurrida la cancelación de la carga hipotecaria a favor de la recurrente, sin que se haya verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 155.4 LC.

2. Formulación del motivo único de la DGRN. El motivo denuncia la infracción del art. 155.4 LC, en la redacción dada por el art. 91 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Este precepto exige que concurren una serie de requisitos para que pueda procederse a la realización directa de los bienes y derechos afectados a créditos con privilegio especial, en particular que quede completamente satisfecho el crédito garantizado o, en su caso, quede el resto del crédito garantizado no cubierto reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda, así como que, si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente satisfaga un precio superior al mínimo pactado, con pago al

contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial acepten expresamente un precio inferior.

Según el recurrente, «aunque en el procedimiento concursal el juez del concurso verifique el cumplimiento de los requisitos legales en la realización directa de los bienes afectos a privilegio especial, es necesario que, formalmente, tales requisitos esenciales sean mencionados expresamente en el mandamiento que se remita al Registro de la Propiedad, a fin de que el Registrador pueda verificar que los acreedores con privilegio especial han tenido el oportuno conocimiento de la enajenación, en los términos establecidos en un plan de liquidación firme, así como de las medidas tomadas en relación a la satisfacción de su crédito».

TERCERO. Resolución de los recursos

1. Planteamiento de la controversia y normativa aplicable. En la instancia ha sido objeto de controversia, y ahora se reproduce en casación, si la registradora de la propiedad de una finca hipotecada, titularidad de una sociedad en concurso de acreedores, puede denegar la cancelación de la hipoteca ordenada por el juez del concurso en un mandamiento dictado como consecuencia de que la finca ha sido transmitida a un tercero, junto con el resto de los bienes y derechos que componen la unidad productiva de la sociedad, sin que el precio asignado al bien hipotecado cubra la totalidad del crédito garantizado y sin que conste en el mandamiento que se hubieran respetado los requisitos previstos a tal efecto en el art. 155.4 LC.

En realidad, son dos las cuestiones que afloran en los dos motivos del recurso de casación de Banco de Sabadell, y que están muy entrelazadas: si la registradora puede por tal motivo denegar la cancelación y si resultaban de aplicación y concurrían los requisitos del art. 155.4 LC. Y a estas dos cuestiones se refiere también el recurso de la DGRN, que incide en la conexión del art. 155.4 LC con los principios hipotecarios. En particular, respecto de la primera cuestión, la DGRN recuerda que «aunque en el procedimiento concursal el juez del concurso verifique el cumplimiento de los requisitos legales en la realización directa de los bienes afectos a privilegio especial, es necesario que, formalmente, tales requisitos esenciales sean mencionados expresamente en el mandamiento que se remita al Registro de Propiedad, a fin de que el registrador pueda verificar que los acreedores con privilegio especial han tenido el oportuno conocimiento de la enajenación...».

Ambas cuestiones no sólo están relacionadas, sino que, como veremos, antes de analizar la primera, es necesario dejar claro cuál es el régimen legal aplicable a la enajenación de un bien inmueble, titularidad de una sociedad en concurso de acreedores, que está gravado con hipoteca y que se transmite junto con el resto de los bienes de la unidad productiva.

Por el tiempo en que ocurrieron los hechos, no hay duda, y así se ha considerado por la RDGRN impugnada y por los tribunales de instancia, que regían las normas contenidas en la Ley Concursal tras la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

2. Tal y como declaramos en la sentencia 491/2013, de 23 de julio: «Los titulares de un crédito garantizado con una hipoteca, en el caso de que su deudor sea declarado en concurso de acreedores, gozan de la condición de acreedores con privilegio especial, conforme al art. 90.1º LC. Esta consideración no impide que, con las limitaciones del art. 56 LC para los casos en que el bien gravado esté afecto a la actividad empresarial o profesional del deudor, pueda instarse la ejecución de la hipoteca.

En cualquier caso, el apartado 3 del art. 57 LC prevé que "abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones -de ejecución separada- perderán el derecho a hacerlo en procedimiento separado".

» Esto supone que la realización del bien se hará dentro de la liquidación, ya sea en el marco de un plan de liquidación aprobado con sujeción a las reglas contenidas en el art. 148 LC, ya sea siguiendo las reglas legales del art. 149 LC. De este modo, si se opta por la realización del bien hipotecado, aisladamente o con otros activos del deudor, con lo obtenido (el precio alcanzado con la realización o venta del bien, si se enajenó aisladamente, o la parte proporcional del precio obtenido por la realización del conjunto de activos, que corresponda al bien hipotecado, cuando se haya enajenado junto con otros bienes) deberá pagarse el crédito garantizado con la hipoteca (art. 155.1 LC), y esta realización dará lugar a la cancelación de la carga. Sin perjuicio de que la parte del crédito hipotecario no satisfecho con lo obtenido por la realización del bien hipotecado, continuará reconocido dentro de la masa pasiva del concurso, con la calificación que corresponda».

En esta misma sentencia, añadíamos más adelante algo que también resulta de aplicación a este caso: «El plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el art. 149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, en el art. 155 LC».

El apartado 4 del art. 155 LC, en la redacción aplicable al caso, prevé que, con carácter general, la realización en cualquier estadio del concurso de un bien hipotecado se haga en subasta. Pero permite que el juez pueda autorizar la venta directa, que cuando se haga fuera del convenio debe cumplir las siguientes exigencias: «Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un

precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles».

A falta de una expresa salvedad, debemos entender que este precepto resultaba de aplicación tanto a la venta individual o singular del bien hipotecado como a la enajenación dentro de una unidad productiva, pues no existía norma especial al respecto.

De tal forma que, bajo las condiciones contenidas en aquel art. 155.4 LC, para que pudiera autorizarse la realización del bien hipotecado dentro de una unidad productiva, si la parte del precio ofrecido por esta que correspondía al bien hipotecado era inferior el crédito garantizado con la hipoteca, era necesaria la aceptación del acreedor hipotecario.

Esta regla debía operar tanto si la transmisión de la unidad productiva, que incluía el bien hipotecado, se hacía con arreglo a las reglas legales supletorias del art. 149 LC, como si se realizaba conforme a un plan de liquidación.

Consiguientemente, la autorización judicial debía dar cuenta del cumplimiento de los requisitos legales, que incluía la aceptación del acreedor hipotecario en estos casos en que el precio asignado al bien hipotecado no cubría la suma convenida.

3. Como quiera que la sentencia de apelación interpreta la normativa aplicable al caso siguiendo la pauta de interpretación que, según afirma, se desprende de la normativa actual, vamos a hacer una referencia ahora a esta última, para ilustrar que corrobora la procedencia del sentido que hemos dado a la normativa anterior.

La normativa actual es consecuencia del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, y la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que modificaron el régimen de enajenación de unidades productivas en el concurso de acreedores, y en lo que ahora nos interesa el art. 149 LC. Este precepto cambia su rúbrica, pues deja de referirse a «reglas legales supletorias», para hacerlo a «reglas legales de liquidación», aplicables también cuando existe un plan de liquidación. El apartado 2 de este art. 149 LC regula ahora con mayor detalle la cuestión controvertida, esto es, la participación de los acreedores hipotecarios en la realización de una unidad productiva que incluye el bien hipotecado, cuando se transmite sin subsistencia de la garantía:

«2. Los bienes a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las previsiones contenidas en el plan de liquidación y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio.

» Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4. Si estos bienes estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, se aplicarán, en todo caso, las siguientes reglas:

» a) Si se transmitiesen sin subsistencia de la garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida.

» Si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determinación del artículo 94.2. En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza.

» Si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados».

La norma reconoce una participación a los acreedores con privilegio especial que conlleva un derecho de ejecución separada (al margen de cómo se encuentran afectados en la práctica por lo previsto en los arts. 56 y 57 LC), cuando la enajenación de la unidad productiva afecte al bien gravado, y el precio asignado no cubra el valor de la garantía. En esos casos «será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase». Esta previsión constituye un complemento del régimen previsto en el apartado 4 del art. 155 LC, que a estos efectos no ha sido modificado, y que introduce una especialidad en caso de venta de unidades productivas. Esta especialidad presupone la regla general de que si se ve afectado un único acreedor con privilegio especial que tenga derecho de ejecución separada, en ese caso no puede realizarse la venta por un precio inferior al mínimo que se hubiese pactado sin contar con su conformidad.

La singularidad del actual art. 149.2 LC consiste en que cuando la venta de la unidad productiva afecta a varios acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada sobre bienes incluidos en la unidad productiva, en ese caso la exigencia de conformidad de estos acreedores se cumple cuando la prestan al menos quienes representen el 75% de este pasivo afectado. Esto es, la

conformidad de los acreedores que representen 75% de estos créditos afectados permite arrastrar al resto. Si no existiera esta salvedad, sería necesario el consentimiento de todos los acreedores privilegiados con derecho de ejecución separada afectados por la venta de la unidad productiva, siempre que la parte del precio obtenido que les fuera asignado a los bienes gravados fuera inferior al valor de la garantía, lo que dificultaría la venta de la unidad productiva. El legislador, al valorar los intereses en juego, ha optado por la regla de la conformidad de la mayoría reforzada del pasivo afectado (el 75%), y mitigar con ello la exigencia del consentimiento unánime de los acreedores afectados.

Esta salvedad actual a la regla general del art. 155.4 LC, muestra que en nuestro caso era necesaria la conformidad del acreedor hipotecario para la enajenación del bien gravado por un precio inferior al pactado.

4. En la medida en que la cancelación de la hipoteca supone la extinción del derecho del acreedor hipotecario, y esta cancelación es consecuencia de una venta o enajenación directa, la registradora puede revisar si, al haberse optado por esta forma de realización, en el mandamiento o el auto que autorizó la realización constan cumplidos los requisitos del art. 155.4 LC.

Esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadoradora que con carácter general le confiere al registrador el art. 18 LH, y más en particular respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial el art. 100 RH. Conforme al art. 18 LH, el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el art. 100 RH dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

Esta función calificadoradora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal.

De tal forma que, en un caso como el presente, respecto de lo que constituye la función calificadoradora de la registradora, lo relevante es que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos del art. 155.4 LC, en relación con los acreedores hipotecarios afectados por la venta directa del bien hipotecado.

Con todo lo anterior hemos de concluir que la denegación de la inscripción por la falta de constancia en el mandamiento judicial del cumplimiento de estos requisitos del art. 155.4 LC fue correcta, sin que en el pleito posterior de impugnación de la calificación o de la resolución de la DGRN pueda censurarse esta denegación porque se llegue a acreditar que en la realidad se cumplieron tales requisitos.

5. La consecuencia de la estimación de los recursos de casación es que, por las razones esgrimidas para su resolución, desestimemos el recurso de apelación interpuesto por Aldama Europea, S.A. y confirmemos la sentencia de primera instancia».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1364/2015] DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2017 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Contrato de préstamo: concepto de consumidor. Cuando en el momento de la conclusión del contrato la finalidad del prestatario era construir para revender, el préstamo se suscribe con una finalidad empresarial, pues se trataría de un préstamo a promotor y no a auto-promotor, por lo que no cabe aplicar la legislación protectora de los consumidores.

«El 22 de noviembre de 2007, D. Humberto suscribió con el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 313.000€. Se pactó un interés variable del Euribor más 1,5% y se incluyó una cláusula de limitación a dicha variabilidad que establecía un «suelo» del 4%.

2.- La finca hipotecada era un solar de 200 metros cuadrados que el Sr. Humberto había comprado para construir una vivienda. El préstamo hipotecario se formalizó como préstamo a promotor, porque se hizo constar que la vivienda se vendería una vez construida.

El Sr. Humberto ejecutó la obra proyectada y construyó una vivienda en el solar. Como no encontró comprador, decidió quedársela y utilizarla como su domicilio familiar. Comunicó al banco el cambio de destino y solicitó autorización para disponer del resto del crédito al promotor, un 20% no entregado y pendiente de la venta de la vivienda, en el que se debía subrogar el propietario definitivo.

3.- El Sr. Humberto interpuso una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitó la nulidad de la mencionada cláusula suelo y la devolución de las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación.

4.- El Juzgado de lo Mercantil estimó íntegramente la demanda, al considerar, resumidamente, que el demandante tenía la condición legal de consumidor y la cláusula controvertida no superaba el control de transparencia.

5.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la entidad financiera y confirmó la sentencia de primera instancia. En lo que ahora importa, consideró que, si bien el préstamo se concedió en origen para la promoción y venta de una vivienda, se acabó aplicando a la autopromoción de la construcción para uso del prestatario, por lo que en realidad se trató de un préstamo a autopromotor. De donde concluyó que el demandante intervino en la operación como consumidor.

SEGUNDO. Primer motivo del recurso de casación. Condición legal de consumidor. Estimación.

Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación se formula al amparo de los arts. 477.2-3.º y 477.3 LEC, por interés casacional, y denuncia la infracción de los arts. 9.3 CE, 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) y 3 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGCU).

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que el prestatario demandante no puede ser considerado consumidor porque la finalidad declarada del préstamo era financiar la compra de un solar y la construcción en él de una vivienda para su posterior reventa a un tercero. De manera que la financiación se otorgó en el marco de una actividad empresarial y hace inaplicable al caso la normativa de protección de los consumidores.

Decisión de la Sala:

1.- Aunque en el motivo se invoca como infringido el art. 3 TRLGCU, ha de advertirse que cuando se firmó el contrato en el que se incluye la cláusula cuya nulidad se pretende, el 22 de noviembre de 2007, todavía no estaba en vigor el mencionado Texto Refundido, puesto que, si bien se promulgó por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, no entró en vigor hasta el 1 de diciembre siguiente. Por lo que, en todo caso, lo que se habría infringido sería el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyos apartados 2 y 3 establecían:

«2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

Es decir, conforme a la Ley de Consumidores de 1984, tenían tal cualidad quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

A su vez, el art. 3 del TRLGCU, matizó tal concepto, al afirmar que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

2.- Hecha esta aclaración, no ofrece duda que, a efectos del préstamo para la financiación de la construcción, el autopromotor es consumidor, puesto que, aunque aborde tareas que, en principio, se encomiendan a profesionales, como la gestión de la construcción de un edificio, no lo hace en el marco de una actividad empresarial, sino para la satisfacción de necesidades personales, en este caso las de acceso a una vivienda.

No obstante, la cuestión que se plantea en el caso es que el prestatario no obtuvo el préstamo como autopromotor, sino como promotor, puesto que la finalidad en ese momento era construir para revender.

3.- Esta precisión temporal es decisiva, pues en materia de protección de consumidores los controles de transparencia y abusividad tienen que realizarse en el momento en que se celebra el contrato con condiciones generales, ya que afectan a la prestación del consentimiento (arts. 1261 y 1262 CC y 5 LCGC). Máxime si, respecto del control de transparencia, que es el que se postula en la demanda para que se declare la ilicitud de la cláusula suelo litigiosa, hemos insistido en la importancia de la información precontractual (sentencias 367/2017, de 8 de junio; o 593/2017, de 7 de noviembre), porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, declara al referirse al control de transparencia: «44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información».

Doctrina reiterada por el TJUE en las sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matej; 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove; y 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C- 154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo.

Y a los efectos que nos ocupan, resultan intrascendentes los avatares posteriores de la inversión realizada por el Sr. Humberto con el dinero obtenido con el préstamo.

4.- Como quiera, pues, que el contrato se suscribió con una finalidad empresarial, de manera que fue un préstamo a promotor y no a auto-promotor, no cabe aplicar la legislación protectora de los consumidores.

Este tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio, 30/2017, de 18 de enero, 41/2017, de 20 de enero, 57/2017, de 30 de enero, y 587/2017, de 2 de noviembre, en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores.

En consecuencia, al haber aplicado la Audiencia Provincial una legislación inadecuada al caso, ha infringido los preceptos indicados en el motivo de casación, que debe ser estimado.

TERCERO. Asunción de la instancia. Estimación del recurso de apelación y desestimación de la demanda

1.- La estimación del primer motivo de casación hace innecesario el examen del segundo motivo, ya que lo que procede es la anulación de la sentencia recurrida y la asunción de la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Y dado que el recurso de apelación tenía el mismo fundamento que el de casación ahora estimado, también debe estimarse y revocar la sentencia de primera instancia.

2.- La estimación del recurso de apelación conlleva la desestimación de la demanda, no solo porque, al no tratarse de una operación de consumo, no procede el control de transparencia de la cláusula controvertida, sino porque tampoco debe declararse su ilicitud o invalidez por otros motivos.

En la demanda, de manera subsidiaria (hecho décimo) se solicita su nulidad por falta de consentimiento, su anulabilidad por error y/o dolo, o su nulidad por ser contraria a la buena fe y causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Pero lo cierto es que, más allá del enunciado de tales pretensiones subsidiarias, no se argumenta, ni mucho menos se justifica, por qué el demandante no prestó su consentimiento (lo que ni siquiera se ha discutido en el procedimiento), ni por qué lo prestó de manera viciada por dolo o error, ni en qué se manifiesta la pretendida mala fe de la entidad prestamista.

Al contrario, la mera lectura de la escritura de préstamo revela que se pactaron condiciones diferentes según se revendiera o no la casa para cuya construcción se pidió la financiación. Por lo que ni cabe considerar que hubiera error en el consentimiento, ni que la prestamista actuara con mala fe».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 876/2015] DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Declinatoria por falta de jurisdicción ante la concurrencia de una cláusula compromisoria de sumisión a arbitraje en un

contrato de swap. Las cuestiones relativas a la jurisdicción solo pueden plantearse a través del recurso extraordinario por infracción procesal. El interés casacional no puede venir referido a cuestiones procesales, sino que ha de referirse a las normas sustantivas aplicables a la cuestión objeto del proceso.

«La entidad Agroforestal Loma Romera S.A. (en lo sucesivo, ALR) interpuso una demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (en lo sucesivo, BBVA) en la que, básicamente, solicitó la declaración de nulidad del contrato de swap que las partes concertaron el 1 de abril de 2008, la restitución de los cargos realizados en ejecución de dicho contrato y la indemnización de daños y perjuicios.

2.- BBVA interpuso una declinatoria por falta de jurisdicción al estar sometida la cuestión litigiosa a arbitraje, por la existencia de una cláusula compromisoria de sumisión a arbitraje de Derecho, en el contrato concertado por las partes.

3.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la declinatoria, y también desestimó el recurso de reposición que BBVA interpuso contra el auto de desestimación de la declinatoria. Posteriormente, dictó sentencia en la que estimó parcialmente la demanda, declaró la nulidad del contrato de swap por error vicio y condenó a BBVA a la restitución de las cantidades percibidas en su ejecución.

4.- BBVA recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y en dicho recurso volvió a plantear la falta de jurisdicción de los tribunales por existir una cláusula compromisoria.

5.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y acordó que «con estimación de la declinatoria planteada por la referida entidad, declaramos la incompetencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de la cuestión planteada en la demanda promovida por ALR, por encontrarse tal cuestión sometida a arbitraje».

6.- ALR ha interpuesto un recurso de casación por el cauce del art. 477.2-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional determinado por la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, que ha sido admitido a trámite.

SEGUNDO. Alegaciones de la recurrida sobre la inadmisibilidad del recurso de casación

1.- En la primera parte de su escrito, antes de realizar las alegaciones por las que se opone a la estimación del recurso formulado por ALR, BBVA ha planteado en su escrito de oposición al recurso la existencia de causas de inadmisibilidad del mismo, como ya había hecho al personarse.

La primera de ellas consistiría en que la sentencia de la Audiencia Provincial no es recurrible en casación porque no

es una sentencia de segunda instancia, esto es, una sentencia que decida la cuestión objeto del debate. No lo sería porque pone fin al proceso mediante la estimación de una cuestión incidental, resuelta en primera instancia mediante auto. Esta cuestión habría sido resuelta por la Audiencia Provincial no por sentencia, sino mediante auto, no susceptible de recurso de casación, si el sentido de la resolución del Juzgado de Primera Instancia hubiera sido estimatorio de la declinatoria.

2.- La segunda causa de inadmisibilidad del recurso de casación consiste en que se ha planteado a través de dicho recurso una cuestión, la relativa a la jurisdicción, que solo puede plantearse a través del recurso extraordinario por infracción procesal, a través del cauce del art. 469.1-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- Procede comenzar el examen de las objeciones a la admisión del recurso, que constituirían causas absolutas de inadmisión, por la planteada en segundo lugar.

TERCERO. La infracción relativa a la falta de jurisdicción, por sumisión a arbitraje, ha de ser planteada a través del recurso extraordinario por infracción procesal

1.- Este recurso de casación se ha planteado por el cauce del art. 477.2-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (interés casacional), razón por la cual no era posible interponer contra la sentencia exclusivamente un recurso extraordinario por infracción procesal (reglas segunda y quinta, párrafo segundo, del apartado primero de la disposición adicional decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2.- Este tribunal ha declarado en resoluciones tales como el auto de 10 de junio de 2015, recurso 1340/2014, que cuando el recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se citan como normas infringidas el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y alguno de los artículos del Código Civil o de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, relativos a la interpretación contractual (pues lo cuestionado es la interpretación de la cláusula arbitral), las cuestiones planteadas no van referidas a la infracción de norma sustantiva aplicable a la cuestión objeto del proceso.

3.- Aunque la recurrente cite como infringidas normas sustantivas relativas a la interpretación contractual, lo que en realidad está planteando es una cuestión de índole procesal ajena al recurso de casación y propia del recurso extraordinario por infracción procesal, como es la competencia o no de la jurisdicción por existir un pacto de sumisión a arbitraje.

4.- El hecho de que la Audiencia haya considerado que las partes habían sometido a arbitraje sus discrepancias sobre el contrato de swap, incluida la relativa a su nulidad, le ha llevado a dictar una resolución eminentemente procesal, que no resuelve la cuestión objeto del proceso.

Esto hace inviable el recurso de casación interpuesto ya que, como tiene declarado este tribunal, el objeto del proceso al que alude el art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de entenderse referido a pretensiones materiales deducidas por las partes, relativas al «crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares», como expresa el preámbulo de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso de casación está limitado a la «revisión de infracciones de Derecho sustantivo».

5.- Pese a que el estudio del problema orgánico procesal (incompetencia de jurisdicción por existencia de sumisión a arbitraje) requiera aplicar normas de interpretación de la cláusula compromisoria como cuestión previa que condiciona y, en su caso, impide la resolución de la cuestión objeto del proceso, la impugnación de la sentencia de la Audiencia Provincial no puede realizarse mediante el recurso de casación, pues dicho examen no se refiere al «objeto del proceso» que menciona el art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que es un examen anticipado que se realiza a los únicos efectos de decidir si puede resolverse la cuestión procesal.

No sólo la incompetencia de jurisdicción, sino la cosa juzgada, la litispendencia, el litisconsorcio o la inadecuación del procedimiento, requieren una ponderación y tratamiento de aspectos materiales, lo que no obsta para que deban resolverse con carácter previo a la cuestión litigiosa que constituye el fondo del asunto y que la impugnación de la decisión que sobre tal cuestión haya adoptado la Audiencia Provincial deba realizarse por el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, no del recurso de casación.

6.- Solo si constituyen un presupuesto necesario para enjuiciar la infracción de las normas sobre jurisdicción, cuando esta venga determinada por una cláusula compromisoria, podrán plantearse las cuestiones relativas a la infracción de las normas de la Ley de Arbitraje y de las normas que el Código Civil dedica a la interpretación de los contratos en el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por el cauce del art. 469.1-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así lo hemos admitido en la sentencia 409/2017, de 27 de junio.

7.- Al hilo de lo expuesto, hemos declarado que el interés casacional no puede venir referido a cuestiones procesales, siendo una de las consecuencias del ámbito estrictamente material del recurso de casación que el interés casacional, en cualquiera de los casos que contempla el art. 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de referirse a las normas sustantivas aplicables a la cuestión objeto del proceso, e igualmente sustantiva deberá de ser la jurisprudencia de esta Sala o la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en que se fundamente el interés casacional alegado.

8.- La estimación de esta causa de inadmisión del recurso hace innecesario el análisis de la otra causa que se ha

planteado y lleva, en este trámite, a la desestimación del recurso de casación formulado».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3640/2016] DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Contrato de transporte terrestre: porteador contractual y porteador efectivo. La acción directa ejercitada por el transportista final o efectivo contra el cargador es inmune a los pagos que éste le hubiera realizado al transportista intermedio o subcontratante. Se trata de una norma propia y específica del contrato de transporte terrestre, que va más allá de la acción directa tradicional, y que constituye una modalidad de garantía de pago suplementaria.

«D. Cesar, transportista de profesión, fue subcontratado por D. Lorenzo para realizar portes que éste, a su vez, tenía contratados con el cargador CAT España Logística Cargo, S.L.U. (en adelante, CAT). Es decir, en los contratos de transporte terrestre de mercancías objeto de litigio intervinieron como cargadora la empresa CAT, como transportista intermedio o subcontratante D. Lorenzo, y como transportista efectivo o final D. Cesar.

2.- El transportista intermedio dejó de pagar al transportista final tres facturas, correspondientes al precio de los transportes durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2013, por un importe total de 25.575,80€.

3.- En ese mismo periodo a que se contrae la deuda del transportista intermedio con el transportista final, la cargadora sí abonó al primero los portes contratados, por importe, respectivamente, de 54.867,45€, 50.489,91€ y 39.521,26€. En esas cantidades se incluyen no solo los portes encargados por el Sr. Lorenzo al Sr. Cesar, sino incluso otros pagos que el Sr. Lorenzo debía a terceros (otros subcontratistas y suministradores de combustible).

4.- D. Cesar interpuso una demanda contra CAT, en reclamación de las cantidades que le había dejado a deber D. Lorenzo, en ejercicio de la acción directa regulada en la Disposición Adicional sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, de modificación de la Ley 16/1987, de ordenación del transporte terrestre (LOTT).

5.- La demandada se opuso a la demanda por las siguientes y resumidas razones: (i) CAT había satisfecho a D. Lorenzo todo lo que le debía, por lo que nada adeudaba a los subcontratados por él. (ii) La carga de la prueba de la realización de esos portes efectivos para CAT le corresponde al transportista que reclama. (iii) La correcta interpretación de la acción directa recogida en la citada Disposición Adicional sexta es igual a la interpretación del art. 1597 CC que se hace por la jurisprudencial, por lo que habría que excluir de la reclamación lo que CAT hubiese satisfecho a D. Cesar.

6.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. Consideró que la acción directa ejercitada era inmune a los pagos que la cargadora hubiera hecho al transportista intermedio, sin perjuicio del derecho de aquélla a repetir contra éste. Pero sólo consideró efectivamente probados los portes documentados en cartas de porte, por lo que redujo la cantidad adeudada a 14.343,05€.

7.- Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó el recurso del transportista efectivo y elevó la cantidad a pagar a la suma de 25.575,80€; y desestimó el recurso de la cargadora, por considerar, básicamente, que la acción directa ejercitada por el transportista final o efectivo contra el cargador es inmune a los pagos que éste le hubiera realizado al transportista intermedio o subcontratante.

La Audiencia Provincial argumenta que debe hacerse una interpretación acorde con la realidad social del transporte en la actualidad y con la legislación comparada, en especial la francesa, la alemana y la italiana. Utiliza el concepto de transporte unitario, para evitar los inconvenientes derivados de una excesiva atomización de la realidad del transporte, con una larga cadena de subcontrataciones que permiten realizar portes, sin prácticamente personal ni siquiera vehículos, hasta llegar al porteador efectivo. Razona que si el art. 37 de la Ley de Contrato Transporte Terrestre de Mercancías (en adelante, LCTTM) atribuye al cargador la obligación de pago del porte, aunque le correspondiera al destinatario, cuando éste no lo hubiera satisfecho (lo que lo convierte en garante del pago) y si el porteador que entrega las mercancías no ve satisfechos sus portes, podrá retenerlos y depositarlos para con su enajenación cobrarse el precio del porte (art. 40 LCTTM), debe considerarse que el porteador efectivo debe tener una acción directa contra el cargador principal que sea completamente inmune a las relaciones de éste con los transportistas intermedios. Y que la reforma introducida por la Ley 9/2013, de 3 julio, va más allá de la figura de la acción directa en el contrato de obra que se prevé en el art. 1597 CC, o en el art. 10.2 del Estatuto del Trabajador Autónomo, porque de no ser así, no tendría sentido la introducción de la nueva figura legal, cuando ya existían tales instrumentos al alcance del porteador efectivo.

Según la Audiencia Provincial, en nuestro entorno, tanto la ley como la jurisprudencia francesa han constituido al cargador y al destinatario en garantes del pago de los servicios del transportista, lo que incluye la posibilidad de doble pago por parte del cargador. E igual sucede en Italia, donde en los supuestos de cadena de contratación se establece una responsabilidad solidaria de pago en favor del transportista efectivo, sin perjuicio de la acción de recuperación que corresponda.

Tiene en cuenta, además, que en la tramitación parlamentaria de la Ley 9/2013, respecto del proyecto de ley enviado por el gobierno, se añadió la frase «por la parte impagada» (a fin de que el transportista efectivo no pudiera

reclamar lo ya recibido), y desapareció la limitación de «hasta el límite de lo que hubiera pagado». De donde deduce la Audiencia Provincial que se introdujo una acción directa, de carácter imperativo, que amplía su eficacia para constituir una garantía de cobro para el porteador efectivo, con independencia de que el garante ya hubiera pagado, en todo o en parte, a los sujetos intermedios de la cadena de contratación del transporte.

En definitiva, que la disposición adicional establece un sistema de doble pago, con derecho a la pertinente repetición.

Recurso extraordinario por infracción procesal [...]

CUARTO. Motivo único de casación. La acción directa del transportista efectivo contra el cargador y los intervinientes en la cadena de subcontratación.

Planteamiento:

1.- El único motivo de casación, formulado conforme a los arts. 477.2-3.º y 477.3 LEC, al tratarse de norma que no lleva más de cinco años en vigor, sin que exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido, denuncia la infracción del art. 3.1 CC, en relación con la Disposición Adicional Sexta LOTT.

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

Decisión de la Sala:

1.- La Disposición Adicional Sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, que modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, dice: «Acción directa contra el cargador principal en los supuestos de intermediación. En los supuestos de intermediación en la contratación de transportes terrestres, el transportista que efectivamente haya realizado el transporte tendrá acción directa por la parte impagada, contra el cargador principal y todos los que, en su caso, le hayan precedido en la cadena de subcontratación, en caso de impago del precio del transporte por quien lo hubiese contratado, salvo en el supuesto previsto en el artículo 227.8 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre».

2.- En el caso enjuiciado, la principal cuestión controvertida en relación con dicha acción, que fue la que se ejercitó en la demanda, era si, en sintonía con el art. 1597 CC, el cargador principal sólo responderá hasta la cantidad que adeude al porteador intermedio, o si habrá de hacerlo, aun sin deber nada a dicho transportista intermedio, a modo de garante del transportista efectivo.

La Disposición Adicional transcrita no indica expresamente si la obligación del cargador lo es a todo evento (incluso aunque haya pagado su porte) o queda limitada a lo que él adeude a su porteador cuando se le hace la reclamación por el tercero.

En el Anteproyecto y en el Proyecto de la Ley 9/2013 se optaba por dar a la acción un alcance similar a las del art. 1597 CC y el art. 10 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, porque figuraba una limitación expresa a lo que se hubiera pagado.

Sin embargo, como desarrollaremos a continuación, a juicio de este tribunal, resulta relevante que en la tramitación parlamentaria se eliminara esa limitación de que únicamente pudiera reclamarse lo que el cargador principal adeudara al intermediario. Lo que, por lo demás, resultó acorde con la previsión del Código de Comercio francés (L-132.8), en gran medida fuente inspiradora de nuestra reforma legal, ya que se aceptó transaccionalmente una enmienda que postulaba una regulación idéntica.

A ello contribuye también una interpretación finalista (art. 3 CC). La Ley ha pretendido responder a una reivindicación secular de los transportistas para la adopción de mecanismos que aseguren el cobro del transporte, en un sector de gran importancia económica caracterizado por la presencia de empresas de pequeño tamaño, en las que el impago de sus servicios puede comprometer su propia viabilidad. Entre tales reivindicaciones, la más sostenida ha sido la imposición de alguna garantía en favor de los transportistas finales, como parte más débil de la cadena de transporte.

3.- Si recurrimos a una interpretación basada en el devenir de la tramitación parlamentaria de la norma (nuevamente, art. 3 CC), se aprecia que en el Proyecto de Ley de modificación de la LOTT enviado por el Gobierno al Congreso de los Diputados (BOCG de 21 de diciembre de 2012, Serie A 121/000032), la Disposición Adicional Sexta decía: «[E]n los supuestos de intermediación en la contratación de transportes terrestres, el transportista que efectivamente haya realizado el transporte tendrá acción directa contra el cargador principal hasta el importe que éste adeude al intermediario de la reclamación».

Es decir, contenía una regulación prácticamente idéntica a la de la acción directa propia del contrato de obra (art. 1597 CC) que, en puridad, no era necesaria, precisamente por la existencia de dicho precepto, pero que servía para disipar dudas sobre su aplicación al contrato de transporte, en cuanto que modalidad de contrato de arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*).

4.- Durante la tramitación parlamentaria, se planteó una enmienda que proponía dar a la disposición el mismo contenido del art. 132-8 del Código de Comercio francés, en la redacción resultante de la Ley de 6 de febrero de 1998 (Loi Gaysot): «La lettre de voiture forme un contrat entre

l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier. Le voiturier a ainsi une action directe en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport. Toute clause contraire est réputée non écrite».

[“La carta de porte conforma un contrato entre el cargador, el transportista y el destinatario o entre el cargador, el destinatario, el comisionista de transporte y el transportista. El transportista tiene, por lo tanto, una acción directa contra el cargador y el destinatario por el impago de sus servicios, los cuales son garantes del pago del precio del transporte. Toda cláusula contraria se tendrá por no puesta”].

Precepto que, según ha sido interpretado por la jurisprudencia francesa, procesalmente es una acción directa que facilita un método simplificado de pago, y sustantivamente funciona como una modalidad de garantía (Arrêts de la Cour de Cassation, Chambre Commerciale, de 26 novembre 2002, 4 février 2003, 27 mai 2003, 2 juin 2004). Además, en tanto que una forma de garantía para el cobro del porte, dicha jurisprudencia ha considerado que la norma es imperativa y de interpretación expansiva, hasta el punto de calificarla como una regla de orden público. Así como que la acción es inmune a la excepción de pago: procede, aunque el obligado al pago haya, a su vez, pagado a su contratante. Se justifica por la Corte de Casación francesa este efecto en diversas razones, con el fundamento común de la protección de la profesión de transportista frente al desequilibrio en sus relaciones con los cargadores e intermediarios.

5.- Asimismo, se planteó otra enmienda que propuso el siguiente texto: «En los supuestos de intermediación o colaboración en la contratación de transportes terrestres, el transportista que efectivamente haya realizado el transporte tendrá la acción directa contra el cargador principal y todos los que le hayan precedido en la cadena de subcontratación del transporte por él realizado. El cargador principal o el intermediario que le abone al transportista efectivo el precio de transporte, se subrogará en los derechos de este último, pudiendo ejercer los derechos y las acciones que por razón de dicho transporte le corresponden al transportista efectivo, hasta el límite de lo que le hubiera pagado.

» No se aplicará el presente precepto en el supuesto previsto en el artículo 227.8 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre».

6.- Sobre la base de estas dos propuestas, se introdujo una enmienda transaccional, que fue la que dotó de su actual redacción a la Disposición Adicional Sexta LOTT.

7.- Basta con comparar el texto del proyecto de ley con el texto finalmente aprobado para constatar que este último tiene un alcance mayor que el contenido del art. 1597 CC, y se constituye en una norma propia y específica del contrato

de transporte terrestre, para ser más que una acción directa tradicional, al constituir una modalidad de garantía de pago suplementaria.

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

8.- De todo ello cabe concluir que la acción directa regulada en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, es un instrumento jurídico novedoso, con precedentes en el Derecho comparado (el mencionado art. 132-8 del Código de Comercio francés y el art. 7.ter del Decreto legislativo 286/2005, sobre transporte de mercancías italiano), que incorpora una garantía adicional de pago, pues constituye al cargador principal y a los subcontratistas intermedios en garantes solidarios del pago del precio al transportista final, aunque ya hubieran pagado al subcontratista al tiempo de recibir la reclamación del transportista efectivo.

En suma, se trata de una acción directa en favor del que efectivamente ha realizado los portes frente a todos aquellos que conforman la cadena de contratación hasta llegar al cargador principal; como instrumento de garantía de quien ha realizado definitivamente el transporte.

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

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

AUDIENCIAS

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA [Recurso 167/2016] DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2017 [Ponente: Juan Francisco Garnica Martín]

Sociedades de capital: impugnación de acuerdos contrarios al interés social por aprobar retribuciones al administrador de la sociedad desproporcionadamente altas. La invocación de la norma al "interés social" como objeto de la infracción de los acuerdos sociales constituye un valioso mecanismo de defensa de los intereses de la minoría frente a los posibles abusos en los que hubiera podido incurrir la mayoría al aprobar los acuerdos. En este sentido, la protección del interés social es el instrumento a través del cual se confía al juez la tutela de los derechos de la minoría. Y abusa de su derecho de voto el socio mayoritario que adopta decisiones sociales con clara desconsideración de los intereses de los demás socios; así, cuando ostenta la condición de administrador y se fija una retribución excesiva que puede convertirse en instrumento a través del cual la mayoría impone a la minoría una distribución de los beneficios distinta a la que determina la respectiva participación en el capital.

«Serafina y Narciso, en su calidad de socios de Vapor Sampere, S.L. (en lo sucesivo, Vapor), impugnaron los acuerdos adoptados en las juntas generales de socios de 4 de junio de 2013 y 14 de junio de 2014 que fijaban la retribución que debía percibir el administrador de la sociedad. La impugnación se funda en considerar que tales acuerdos son contrarios al interés social por cuanto las retribuciones aprobadas al administrador eran desproporcionadamente altas y no se correspondían con el valor de mercado de los servicios efectivamente prestados a la sociedad.

2. La demandada se opuso a la demanda alegando los siguientes motivos:

- a) Caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de 2013, por haber transcurrido en exceso el plazo de 40 días.
- b) Los acuerdos son acordes con el art. 22 de los Estatutos, que establecen el carácter retribuido del cargo y establece una retribución fija para el administrador, no supeditada a los beneficios de la sociedad. De hecho, la retribución fijada en esos ejercicios es acorde con la que se había venido fijando durante todos los años anteriores.
- c) La retribución es acorde con el valor de mercado de las funciones que el administrador desempeña para la sociedad y con su responsabilidad.

3. La resolución recurrida, después de rechazar la caducidad de la acción, desestimó íntegramente la demanda considerando que (a) el cargo, según los estatutos sociales, es retribuido, (b) que las retribuciones se corresponden con las fijadas todos los años anteriores y (c) que el sueldo es acorde al valor de mercado de los servicios prestados por el administrador.

4. El recurso de los demandantes incide de nuevo en que el sueldo fijado es desproporcionado, ya que supone

aproximadamente un porcentaje próximo al 20 % de los ingresos de la sociedad y desacorde con el valor de los servicios prestados, ya que se trata de administrar un patrimonio inmobiliario que se encuentra en régimen de alquiler a terceros y el gasto que supone el sueldo del administrador no puede considerarse equivalente (por ser muy superior en su porcentaje sobre los ingresos) al costo que supondría que un tercero se ocupara de esa administración. También alega que los actores no tuvieron oportunidad hasta el año 2012 de tomar participación en las decisiones de la sociedad, ya que no fue hasta entonces cuando adquirieron la condición de accionistas, lo que fue decisión del administrador de pagarles la legítima hereditaria que les correspondía en la herencia del progenitor común a través de la entrega de participaciones sociales.

SEGUNDO. Principales hechos que sirven de contexto

5. Creemos que resulta muy importante, antes de comenzar el examen de las concretas cuestiones que plantea el recurso, hacer una exposición de los hechos que sirven de contexto al conflicto que enfrenta a las partes. Extraemos el relato de los escritos de alegaciones de las partes, si bien no existe sobre ellos controversia, sino que aparecen tácitamente aceptados:

a) Vapor Sampere, S.L. es una sociedad patrimonial de carácter familiar cuya actividad consiste de forma sustancial en la administración de un importante patrimonio inmobiliario (se señala que en 2008 estaba valorado en una cantidad cercana a los 12 millones de euros), patrimonio que se encuentra en régimen de alquiler a terceros.

b) Las participaciones sociales de Vapor corresponden a los hermanos Narciso y Serafina: los demandantes Narciso y Serafina son titulares de un 15,81 % y de un 5,27 % respectivamente, y Epifanio, el administrador de la sociedad, tiene una participación mayoritaria del 73,660 %.

c) El patrimonio de la sociedad procede del patrimonio personal acumulado por el progenitor común de los hermanos Narciso y Serafina, el Sr. Abilio, fallecido el 2 de marzo de 2008, dejando como heredero universal a Epifanio, con quien tuvieron que litigar el resto de sus hermanos para conseguir el reconocimiento de sus derechos legitimarios (JO 801/2010, del Juzgado de Primera Instancia 22 de Barcelona). Finalmente, Epifanio pagó la legítima de sus hermanos con participaciones sociales, lo que explica la entrada de estos en la sociedad, hecho que se produjo en 2012.

d) La relación entre los hermanos estuvo marcada por la crisis matrimonial de sus progenitores durante los años 80, con la formación de dos bandos en apoyo de cada uno de los progenitores (Epifanio se alineó con el padre y el resto de los hermanos con la madre).

e) Epifanio, el administrador de Vapor, trabaja en la referida sociedad desde el año 1991, primero con una relación laboral por cuenta ajena (hasta finales de 1992) y finalmente, a partir de 1993 (fecha de la jubilación del padre) pasó a desempeñar funciones de gerente y administrador. En tal calidad se ha ocupado personalmente de la gestión del patrimonio acumulado, lo que incluyó en su día el encargo de obras de rehabilitación y la búsqueda de arrendatarios solventes, así como de todas las gestiones relacionadas con la gestión de los alquileres.

f) Las retribuciones que por ello vino percibiendo el Sr. Epifanio han tenido una continuidad en el tiempo: desde 1993, año en el que percibió 6.342.039 pesetas, pasando por el año 2000 con 9.184.000 pesetas, el año 2005 fue de 69.857,86 euros, el año 2008 de 82.854,66 euros, 92.383,52 euros el año 2009, 92.972,08 el año 2012 y 87.320,30 el año 2013. Por tanto, se puede decir que ha existido una situación de retribución bastante homogénea durante los 20 años anteriores a los acuerdos impugnados.

g) Los ingresos que Vapor tuvo en el año 2012 fueron de 490.276,82 euros y el beneficio de la sociedad fue de 199.504,26 euros. En el año 2013, de 449.062,41 euros los ingresos y 178.914,65 euros los beneficios.

h) Las tareas realizadas por el administrador incluyen tareas administrativas, que comparte con un administrativo contratado en 2012.

TERCERO. Sobre la violación del interés social

6. Como afirma la STS de 7 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 9284/2011 (RJ 2012, 3521) - ECLI:ES:TS:2011:9284) «... no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad", dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre teorías institucionalista y contractualista que sintetiza la sentencia de 19 febrero 1991, según la que "[e]n torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una «institución-corporación», en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social", a esa clasificación cabe añadir otras - monistas, dualistas; pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc.-».

7. La misma sentencia del TS que acabamos de referir menciona que, si bien el artículo 127.bis del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas 1989, introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio (hoy 226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), parecía inclinarse por un

concepto institucionalista - "[l]os administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad..."-, sin embargo, la jurisprudencia no deja de tener en consideración criterios contractualistas. -Así, STS de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como "el interés común de los socios", y la STS 186/2006, de 7 marzo (RJ 2006, 5700), con cita de la de 11 de noviembre de 1983, que "éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos"-.

8. También la recomendación 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores opta por una interpretación contractualista que pone énfasis "en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común" que responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a "la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa".

9. «Como recuerda la STS de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 3521), antes citada, « los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1992, 1136/2008, de 10 de diciembre, y 770/2011, de 10 de noviembre-».

10. En el mismo sentido, la redacción actual del art. 204.1 LSC, tras la reforma operada por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha introducido un párrafo 2.º que dispone lo siguiente: «(l) a lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios».

Aunque tal norma no resulte de directa aplicación al caso por razones temporales, sí creemos que tiene una eficacia interpretativa del derecho anterior, en la medida en que el legislador no ha hecho otra cosa que trasladar al texto

normativo lo que ya era un criterio jurisprudencial asentado sobre el concepto de "interés social".

11. En suma, la invocación del "interés social" como objeto de la infracción de los acuerdos sociales constituye un valioso mecanismo de defensa de los intereses de la minoría frente a los posibles abusos en los que hubiera podido incurrir la mayoría al aprobar los acuerdos. Lo que debemos examinar es si los acuerdos impugnados pueden ser considerados contrarios al interés social, como sostienen los recurrentes, lo que es tanto como afirmar, perjudiciales para sus intereses de forma injustificada.

12. La resolución recurrida ha negado de forma tajante que pueda ser cuestionada la retribución fijada al administrador como contraria al interés social con fundamento en que la misma es desproporcionada en comparación con los beneficios al considerar que ello supondría una intromisión intolerable del poder judicial en el devenir de una empresa porque ello sería contrario al principio de libertad de empresa. Nosotros no podemos compartir tal parecer, que deja sin contenido efectivo el concepto de interés social como parámetro de impugnación de los acuerdos. La mayoría no puede, con fundamento en el principio de libertad de empresa, adoptar los acuerdos que considere más adecuados a sus propios intereses, aunque los mismos puedan resultar gravemente perjudiciales o lesivos para la minoría. El derecho societario no tolera la tiranía de la mayoría y por eso confía en un tercero, el juez, el control de los excesos en los que hubiera podido incurrir. El instrumento a través del cual se confía al juez la tutela de los derechos de la minoría consiste en la protección del interés social.

13. Los socios de una sociedad mercantil tienen un deber de fidelidad frente a la sociedad y frente a sus consocios, deber que se impone siempre que el socio tenga la posibilidad de influir sobre los derechos ajenos sin el consentimiento de sus titulares. Por eso la jurisprudencia ha controlado las decisiones mayoritarias, en el marco de la impugnación de los acuerdos sociales, desde la perspectiva del abuso de derecho: abusa de su derecho de voto el socio mayoritario que adopta decisiones sociales con clara desconsideración de los intereses de los demás socios. Y entre los acuerdos a los que con frecuencia se ha aplicado esa doctrina se encuentran precisamente los de fijación de la remuneración del administrador (STS 13 de junio de 2012 (RJ 2012, 6715)), particularmente cuando el cargo de administrador sea ostentado por el socio mayoritario, en la medida en que la fijación de una retribución excesiva pueda convertirse en instrumento a través del cual la mayoría imponga a la minoría una distribución de los beneficios distinta a la que determina la respectiva participación en el capital.

14. Por tanto, creemos que resulta imprescindible analizar si la retribución fijada al administrador era proporcionada y ello con independencia de cuál fuera el sistema a través del cual se fijó dicha retribución. Y particularmente cuando,

como en nuestro caso ocurre, ese sistema deja completa libertad a los socios para fijar su cuantía.

CUARTO. Parámetros a tomar en consideración para determinar si la remuneración fijada era razonable

15. Es cierto, no obstante, que esa capacidad de interferencia que puede ejercitar el juez a la hora de analizar si el acuerdo fijando la retribución del administrador era perjudicial para la minoría no puede sustituir el libre albedrío de los socios, que deriva del principio de libertad de empresa. El control judicial no debe alcanzar a determinar cuál es la retribución razonable, sustituyendo a la voluntad de la junta general, sino que se debe limitar a examinar si el acuerdo de la junta supone o no un abuso de derecho, esto es, un abuso por parte de la mayoría de su posición en la sociedad. En definitiva, se trata de un control de mínimos de razonabilidad, no de máximos.

16. Es razonable que se puedan tomar en consideración, a la hora de hacer ese análisis de mínimos, lo que ha venido aconteciendo durante los años anteriores, como ha hecho la resolución recurrida. Los acuerdos impugnados no se han apartado de lo que había venido siendo tónica general durante los veinte años anteriores. Ese es un dato importante que no puede perderse de vista. Ahora bien, tampoco creemos que se trate de un dato definitivo, particularmente cuando las circunstancias se han modificado de forma tan trascendente como ha ocurrido en Vapor. La sociedad había venido siendo, al menos de facto, una sociedad unipersonal, manejada a su antojo por el administrador y por su padre, que ostentaban todas las participaciones, y esa situación se modifica cuando, por decisión del propio administrador y socio mayoritario de pagar la legítima de sus hermanos con participaciones sociales, los mismos pasan a ostentar un paquete minoritario en el capital social. Ahora existe una minoría que antes no existía; ese es un cambio muy significativo que no puede ser ignorado al resolver el conflicto que enfrenta a las partes.

17. Un segundo cambio en la situación lo extraemos de la propia argumentación de la sociedad (que entendemos que es la del socio mayoritario). Si bien en la actualidad el patrimonio de la sociedad (constituido por inmuebles en su mayor parte) está encauzado, esto es, está alquilado a terceros y la tarea de la sociedad (y, por ende, de su administrador) consiste en sustancia en cobrar las rentas y atender las reparaciones y responsabilidades propias de cualquiera arrendador, previamente fue preciso acometer tareas adicionales, tales como la ejecución de obras de acondicionamiento y la búsqueda de inquilinos. En suma, mientras la carga de trabajo efectivo ha disminuido de forma notable (así lo entendemos nosotros), la retribución se ha mantenido en parámetros similares, y ha seguido aumentando de forma progresiva.

18. En suma, y como conclusión, no creemos que la retribución que el administrador ha venido percibiendo

durante los veinte años anteriores sea un parámetro adecuado para excluir que la retribución fijada al administrador en los acuerdos impugnados era o no desproporcionada y, por tanto, podía infringir el interés social y determinar que el acuerdo constituyera un acto de abuso de derecho.

19. No se ha discutido que el objeto social consiste, en sustancia, en la administración del patrimonio inmobiliario que ostenta la sociedad, patrimonio que se encuentra en régimen de alquiler y que a ese fin se aplican tanto el administrador como un administrativo contratado recientemente. Por ello creemos que no es irrazonable el criterio que proponen los recurrentes para juzgar si las retribuciones fijadas son o no desproporcionadas, esto es, acudir a las retribuciones que se abonan en el mercado a los profesionales que se ocupan de una actividad similar, los administradores de fincas. Somos conscientes que el cargo de administrador de una sociedad no se limita a las funciones propias de un administrador de fincas, ya que también incluye otras obligaciones accesorias, tales como las contables y de administración de la sociedad. No obstante, ello no invalida ese criterio, sino que determina que se deba emplear con la prudencia necesaria.

20. El argumento que sostienen los impugnantes, ahora recurrentes, es que las retribuciones de un administrador de fincas están en alrededor de un 5 % de los ingresos procedentes de los inmuebles administrados, mientras que el Sr. Epifanio se ha atribuido unas remuneraciones que están próximas al 20 % de los ingresos (18,96 % en 2012 y 19,44 % en 2013), esto es, son casi cuatro veces superiores.

21. Debemos compartir con los recurrentes que el porcentaje del 5 % suele reflejar en el mercado la retribución de un administrador de fincas. Ello ni siquiera ha sido cuestionado por la recurrida y se trata de un dato de conocimiento común, que no exige mayor esfuerzo probatorio. Aunque no creemos que el mismo deba fijar el límite máximo de las retribuciones del administrador, sí creemos que es un dato valioso para afirmar que un 20 % de los ingresos (alquileres) constituye un porcentaje de retribución desmesurada como retribución del administrador de la sociedad.

22. Creemos que el factor con el que se debe hacer la comparación está más con los ingresos que con los beneficios. Pero si se compara la retribución del administrador con los beneficios, creemos que la conclusión es la misma. Así, en el ejercicio social de 2013 se repartieron dividendos por 199.504,26 euros y en 2014 de solo 125.240,26 euros. Ello significa que el administrador percibió como retribución en 2014 una cantidad que está próxima al importe de los dividendos repartidos, lo que no creemos que sea razonable en el caso de una sociedad como Vapor Sampere, esto es, una patrimonial cuya única actividad es cobrar las rentas de los inmuebles que tiene en su patrimonio.

23. En conclusión, creemos que los acuerdos impugnados son nulos por ser contrarios al interés social».

JUZGADOS

SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE MÁLAGA [Autos 1918/2015] DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2017 [Magistrada: María del Rocío Marina Coll]

Sociedades de capital: responsabilidad de administradores. Cuando se aporta un documento privado para acreditar la condición de administrador, ese documento debe reunir los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil. No reúne esos requisitos un documento que recoge una información extraída de internet, sin aludir directamente a un acto en el que hayan intervenido fechas o personas. La forma de acreditar la condición de administrador es la nota simple o la certificación del Registro Mercantil. Además, el éxito de la acción individual de responsabilidad requiere la existencia de un daño directo, sufrido por el acreedor demandante, que tenga su causa u origen en la acción u omisión negligente de los administradores societarios. Y para que concurra la acción de responsabilidad por deudas es preciso que concurra causa legal de disolución o que concurran los requisitos para instar el concurso de acreedores, que no se convoque junta general para que adopte el acuerdo oportuno, o que convocada, no llegue a celebrarse o no adopte dicho acuerdo.

«Se ejercita por la parte actora una pretensión declarativa de condena del demandado al pago de 4.256,27€ de principal, más los intereses legales y las costas.

Tal pretensión se funda, esencialmente, en los hechos que se han resumido en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, conformando una reclamación frente al administrador de la sociedad deudora basada en la llamada responsabilidad por daños (de los arts. 133 y 135 de la antigua LSA, aplicables a la SRL; hoy arts. 236 y 241 del TRLSC) al entender que el administrador demandado ha actuado en contra de lo dispuesto en la ley o incumpliendo sus deberes legales o estatutarios con dolo o culpa; así como, subsidiariamente entendiéndose que existe responsabilidad patrimonial del administrador de una sociedad, por las deudas sociales, al estar incurso ésta en causa de disolución, y no haberse convocado junta general al respecto, ni haberse instado procedimiento concursal, al amparo de lo dispuesto en los artículos 104 y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy regulada esta materia en art. 367 del Texto Refundido de la nueva Ley de Sociedades de Capital).

SEGUNDO

Es necesario determinar en primer lugar, la existencia o no de la deuda en que se fundamenta la pretensión de la actora. De la prueba documental aportada con la demanda, se extrae que fue dictado decreto de fecha 10 de enero de

2012 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 10 de Málaga, por el que se daba por finalizado el proceso monitorio frente a DANCHO CALZADOS S.L., DÁNDOLE TRASLADO A LA ACTORA PARA QUE INSTASE LA EJECUCIÓN (doc n.5). Asimismo, se aporta auto de 21 de febrero de 2012 (doc nº7), en el que se despacha ejecución frente a la referida empresa por la cantidad de 4.256,27 euros de principal más la cantidad presupuestada para intereses y costas.

Dichos documentos son suficientes para acreditar la existencia de la referida deuda de la sociedad DANCHO CALZADOS S.L. para con la actora del presente procedimiento.

Dicha documental no ha sido impugnada de contrario. Por tanto, ha quedado plenamente acreditado que dicha sociedad DANCHO CALZADOS S.L. adeuda a la actora la referida cantidad principal de 4.256,27 euros, y que así ha sido reconocido judicialmente.

TERCERO

En primer lugar, ejercita la actora acción de responsabilidad por daños frente al demandado, supuesto administrador único de la sociedad DANCHO CALZADOS S.L. Digo "supuesto administrador único", dado que no se acredita dicha condición.

La parte actora no aporta certificación del Registro Mercantil de Málaga. Tampoco aporta siquiera nota simple del mismo. Lo único que se aporta es una información extraída de una página de internet llamada "AXESOR" sobre la empresa DANCHO CALZADOS S.L.

Esta juzgadora no pone en duda la utilidad que dicha página pueda tener en el mundo empresarial. Puede que la misma resulte útil a quienes quieren contratar con un tercero, a fin de obtener cierta información sobre la situación de una empresa o empresario. Sin embargo, AXESOR no es el Registro Mercantil, y no tiene en modo alguno la misma fiabilidad. Para empezar, no es un registro público. Lo que ofrece es una información privada, que parece extraer de internet. Esta juzgadora ha podido comprobar, a lo largo de estos últimos años y en muy numerosas ocasiones, que las informaciones que ofrece están llenas de errores e incorrecciones; no coincidiendo en muchísimos casos con los datos realmente recogidos en el Registro Mercantil. Por tanto, no ofrece garantías de ninguna clase ante un juez o tribunal. No sirve para acreditar realmente quiénes son los administradores de las empresas, ni cuál es el domicilio social de estas, ni cuáles son las cuentas depositadas ni sus ejercicios. Aunque el documento nº 1 no haya sido impugnado en este caso, la información que ofrece un informe de este tipo, como el de AXESOR, es absolutamente insuficiente para acreditar la realidad de aquello que recoge.

Es cierto que un documento privado puede acreditar hechos y hace prueba plena si no es impugnado (326 en relación con

el 319 de la LEC). Sin embargo, dicha posibilidad tiene algunos límites. Para empezar, debe ser verdaderamente un documento privado que cumpla los requisitos del art. 268 de la LEC. Así lo exige el art. 325 de la misma norma, que se remite al primero.

Lo que se aporta debe ser realmente un documento privado con una capacidad mínima para probar lo que recoge.

Por otro lado, el juez o tribunal puede interpretar y valorar su contenido conforme a las reglas de la sana crítica. Así lo ha dejado claro el TS en numerosas sentencias, por ejemplo, en la de 27 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1134) "Una cosa es el valor probatorio de los documentos privados en cuanto a la autenticidad, fecha o personas que intervinieron, que es a lo que el artículo 326.1 LEC se refiere cuando indica que los documentos privados harán «prueba plena» en el proceso cuando su autenticidad no sea impugnada y otra distinta la interpretación efectuada por la sentencia recurrida de los documentos, que no impide que el tribunal valore su contenido de acuerdo con las reglas de la sana crítica y junto con el resto de las pruebas aportadas (STS de 15 de junio de 2009 (RJ 2009, 3394)).

En este caso, el documento de AXESOR no cumple estos requisitos. El documento que se aporta recoge una información extraída de internet. No recoge directamente un acto en el que hayan intervenido fechas o personas. No se presenta en la forma exigida por el art. 268 de la LEC ni tiene el contenido propio de un verdadero documento privado, al que se remite el art. 325 de la LEC. Este requisito es necesario para que pueda desplegar la fuerza a la que se refiere el art. 326 de la LEC. Lo que llamamos documentos privados se refiere a otra cosa (ej... una factura, un albarán o un contrato, un acta, una carta, un correo del tipo que sea... u otro documento con capacidad para probar directamente algo). Tampoco es un informe realizado por alguien concreto que aclare de dónde extrae directamente su información ni cuándo la extrajo. Es un supuesto informe, elaborado por "no se sabe quién", con supuestos datos de referencia extraídos también de internet, si bien "de no se sabe dónde" con certeza, dado que el supuesto informe no lo aclara realmente. Se limita a mencionar supuestas publicaciones en el Registro, pero en ningún momento asegura que se hayan extraído los datos directamente del Registro Mercantil. Tampoco aclara cuándo se obtuvieron los datos, desconociéndose si los mismos están actualizados, ni cada cuánto tiempo se actualizan. Asimismo, habla también de "boletines oficiales" en abstracto, pero no aclara cuáles son. Por otro lado, en el punto del informe en el que se habla de "lista de referencias" la referencia al boletín oficial del registro mercantil habla de actos publicados en el mismo, pero no asegura que los que se incluyen en el informe hayan sido tomados directamente de dicho boletín ni cada cuánto tiempo se actualizan éstos.

En nuestro derecho existe una forma de acreditar quiénes son los administradores de las empresas, cuáles son sus domicilios y qué cuentas han depositado. Esa forma es

aportando una nota simple o una certificación del Registro donde se anotan estos datos, que no es otro que el Registro Mercantil. Obtener dicha prueba -absolutamente fiable, pues constituiría documento público del 317 LEC, o en su caso, privado del 325 y ss. con los requisitos del 268- está al alcance de cualquiera, es muy fácil su obtención, es muy barato y es un gasto que luego puede incluirse en las costas. Por tanto, resulta muy difícil entender su falta de aportación al proceso.

Por tanto, para que un documento privado pueda ser tenido en cuenta, tiene que cumplir todos esos requisitos. Asimismo, en cuanto a su contenido, debe servir mínimamente para probar algo atendiendo a que este sea mínimamente fiable o creíble.

En consecuencia, no puede entenderse acreditado que D. Javier sea administrador de DANCHO CALZADOS S.L. ni, de haberlo sido, en qué época o durante cuánto tiempo lo fue. Tampoco se aporta ninguna otra prueba que acredite dicha circunstancia. Esto bastaría para desestimar íntegramente la demanda.

A mayor abundamiento, aunque se hubiera acreditado la condición de administrador del demandado, no se ha aportado prueba de la existencia de responsabilidad por daños.

El Tribunal Supremo ha señalado, entre otras en las Sentencias de 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 332) o 19 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5213) que, "en virtud de la acción individual de responsabilidad (arts. 133.1º y 135) los administradores sociales responderán frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, la cual se mensura de modo objetivo con arreglo al estándar, o patrón de comportamiento, de la que debe observar un ordenado empresario (art. 127 LSA 1990). Se trata de una acción indemnizatoria que asiste a los terceros por los actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses. La doctrina jurisprudencial (SS. 21 septiembre 1999 (RJ 1999, 7230), 30 marzo 2001 (RJ 2001, 6639), 19 noviembre 2001 (RJ 2002, 355), entre otras) la configura como una acción resarcitoria para la que están legitimados los terceros (y entre ellos los acreedores sociales) que exige una conducta o actitud -hechos, actos u omisiones- de los administradores contraria a la Ley o a los Estatutos, o carente de la diligencia de un ordenado comerciante -bastando la negligencia simple-, que dé lugar a un daño, de tal modo que el accionante perjudicado ha de probar (SS. 21 septiembre 1999, 30 marzo y 27 julio 2001; 25 febrero 2002) que el acto se ha realizado en concepto de administrador y existe un nexo causal entre los actos u omisiones de éste y el daño producido al actor (SS. 17 julio, 26 octubre y 19 noviembre 2001 y 14 noviembre 2002)".

El éxito de esta acción requiere por tanto, la existencia de un daño directo, sufrido por el acreedor demandante, que

tenga su causa u origen en la acción u omisión negligente de los administradores societarios, y en el presente caso, ni se ha alegado cuál sea la acción u omisión concreta del supuesto administrador demandado, realizada sin la diligencia debida, que haya sido causa directa del daño sufrido por la actora, entendido como el impago de la cantidad reconocida en auto dictado en el procedimiento cambiario [monitorio]. Vistos los fundamentos de la demanda, puede deducirse que la supuesta responsabilidad del administrador se derivaría de la falta de pago, del cese de actividad, del abandono del domicilio social y de la falta de depósito de cuentas desde el ejercicio de 2010. Estos hechos -que tampoco han quedado acreditados, pues no se aporta nota simple o certificación mercantil ni nota simple que permita comprobar la realidad de dichas afirmaciones- aunque se hubieran acreditado, por sí solos no constituyen una acción negligente del administrador social, por lo que no se cumplen los requisitos de responsabilidad, incumbiéndole a la parte actora la carga de su prueba. De existir responsabilidad, podría derivarse responsabilidad de la sociedad sobre la base de las normas reguladoras de las obligaciones y contratos, por incumplimiento de lo pactado, y no una responsabilidad individual de los administradores sociales por ejercicio negligente de su cargo. No existe relación de causalidad entre las acciones u omisiones del administrador y el daño causado. En este sentido, siendo la deuda del ejercicio de 2010, tal como se extrae de la demanda de ejecución aportada (y de los documentos sobre el procedimiento monitorio); el cese de actividad o supuesta desaparición de la sociedad posterior a 2010 o la falta de depósito de cuentas en 2011 de las formuladas respecto del ejercicio de 2010, no pueden ser causantes del daño causado a la actora, consistente en el impago de la cantidad adeudada en el mismo año 2010. Asimismo, no acredita que el cese de actividad y supuesto el abandono del domicilio social fueran anteriores al vencimiento de la deuda, y por tanto, no se acredita que exista una relación de causalidad entre los mismos y el impago. Por tanto, no se han acreditado por la actora los requisitos para que pudiera prosperar la acción de responsabilidad por daños.

CUARTO

Subsidiariamente se ejercita la acción de responsabilidad del administrador social por incumplimiento del deber de disolver la sociedad cuando concurre una de las causas legalmente previstas, contempla una responsabilidad directa y ex lege que opera como una forma de garantía para la obtención de determinadas conductas por parte de los administradores, quienes, en caso de incumplimiento, responderán solidariamente por la deuda de la sociedad. Así, el artículo 105 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, redactado por la Ley de Sociedad Anónima Europea, establece en su párrafo 5 (hoy sustituido por el art. 367 del TR de la LSC, si bien con el mismo contenido), que "responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta

general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior". En consecuencia, para que pueda declararse la responsabilidad por esta causa, es preciso que concurra causa legal de disolución o que concurran los requisitos para instar el concurso de acreedores, que no se convoque junta general para que adopte el acuerdo oportuno, o que convocada, no llegue a celebrarse o no adopte dicho acuerdo.

QUINTO

Nos encontramos con el mismo problema expuesto EN EL FUNDAMENTO TERCERO DE ESTA RESOLUCIÓN.

No se ha acreditado la condición de administrador social único del demandado en relación con la empresa deudora. Por los mismos motivos, pues no se aporta ni nota simple ni certificación del Registro Mercantil, sino tan solo un dato de referencia del supuesto informe AXESOR cuyo origen se desconoce. Esto basta para desestimar esta segunda acción.

Pero, de nuevo a mayor abundamiento, aunque se hubiera acreditado la condición de administrador del demandado, también habría que desestimar la acción. No se aporta nota registral ni certificación que acredite cual es el domicilio social de la empresa -que no tiene por qué coincidir con sus establecimientos abiertos al público-, ni qué cuentas han sido depositadas, ni respecto de qué ejercicios, ni cuál es su contenido. En este punto se hacen las mismas reflexiones sobre el informe aportado. En dicho informe se habla del supuesto último depósito de cuentas de 2009 y se mencionan datos supuestamente publicados por el Registro, si bien dicho informe no aclara ni asegura en ningún momento que los haya obtenido efectivamente del Registro Mercantil de Málaga, ni cuál es la fecha de su obtención. Por tanto, dicha prueba es insuficiente. Y lo es por los motivos ya expuestos en el fundamento tercero de la presente resolución, que doy por reproducidos de nuevo.

Por tanto, no se acredita tampoco la existencia de las causas de disolución invocadas en la demanda, ni el supuesto incumplimiento del demandado -si es que éste es administrador, circunstancia que no ha quedado acreditada- de las obligaciones de convocatoria de la junta general en el plazo legalmente previsto para adoptar el acuerdo de disolución o el que procediera a tenor de lo dispuesto en el artículo 105.5 de la LSRL.

Por todo ello solo cabe desestimar íntegramente la demanda».

SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 5 DE MADRID [Autos 284/2017] DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2017 [Magistrado: Teodoro Ladrón Roda]

Concurso de acreedores: conclusión del concurso y rendición de cuentas de la administración concursal. Los motivos de oposición a la conclusión del concurso por pago, consignación o íntegra satisfacción de los acreedores que se fundan en el reconocimiento de créditos que no han sido tenidos en cuenta por la administración concursal son, a la vez, motivos de oposición a la aprobación de la rendición de cuentas. - Reactivación de la sociedad disuelta por existencia de superávit patrimonial: competencia del juez del concurso. Si la causa determinante de la conclusión del concurso no es de las que determina la extinción de la sociedad deudora y desaparece la causa de disolución por no llevarse a término la liquidación, es posible la reactivación de la sociedad. No es motivo de oposición a la conclusión del concurso que la apertura y tramitación de la sección de calificación se prolongue después de que se haya dictado la resolución acordando la conclusión del concurso.

«PRIMERO: Con fecha 16/1/17 por la AC se presentó solicitud de conclusión del concurso por pago o consignación de todos los créditos reconocidos, con simultánea rendición de cuentas de la actuación de la AC, cuya aprobación se solicita y, tras efectuar las alegaciones que constan en autos, termina pidiendo que se “acuerde poner de manifiesto este escrito a todas a las partes personadas en este juicio universal, por plazo de quince días; y, en su día, dicte la resolución que proceda con los siguientes pronunciamientos:

PRIMERO. Apruebe la rendición de cuentas presentada por la Administración concursal de PARQUE EMPRESARIAL DEL OLIVAR, S.L.U.

SEGUNDO. Acuerde la conclusión del concurso de acreedores de PARQUE EMPRESARIAL DEL OLIVAR, S.L. por pago y consignación de la totalidad de los créditos concursales reconocidos, ordenando el cese de las limitaciones de las facultades de administración y de disposición de la sociedad sobre los bienes y derechos que integran su patrimonio.

TERCERO. Acuerde el cese de la Administración concursal, sin perjuicio de continuar ésta con plena legitimación para actuar en el incidente de calificación en curso hasta que alcance firmeza y sea ejecutada la Sentencia que en ese incidente se dicte.

CUARTO. Acuerde el retorno a la vida activa de la sociedad disuelta PARQUE EMPRESARIAL DEL OLIVAR, S.L. [...]

De dicha solicitud de conclusión del concurso, presentada por la AC, se dio traslado por QUINCE DÍAS a las partes personadas. Por e/l/a Procurador/a de la acreedora PORTOCARRIO VALORES, SL, FRANCISCO JOSÉ ABAJO ABRIL,

en la representación que ostenta, se formalizó oposición a la conclusión del concurso en el plazo de audiencia concedido a las partes, interponiendo demanda incidental en la que, alegando los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportuno, terminó solicitando que se estime la demanda incidental y se dicte sentencia en la que “se deniegue la conclusión del concurso y la aprobación de la rendición de cuentas de la Administración Concursal, hasta tanto no se haya devuelto a nuestra representada, Portocarrío Valores, S.L., la plena propiedad, en el mismo estado de cargas y gravámenes que en el momento de su reintegración a la masa activa del concurso, de uno de los inmuebles objeto de dicha reintegración (Parcela RES.05.152-B, que es la finca registral nº 42.164 del Registro de la Propiedad número 12 de Madrid), sin coste de ningún tipo para nuestra representada, y se le haya restituido también a nuestra mandante la valoración dada a la otra parcela (RES.05.152-A, que es la finca registral nº 42.163 del Registro de la Propiedad número 12 de Madrid) por una suma de 9.154.745.- euros, mediante la entrega a nuestra representada de dicha suma de dinero, y todo ello con imposición de costas a quien se oponga a la presente oposición”. [...]

[...] Lo primero que ha de indicarse es que PORTOCARRIO VALORES, SL, sucesora procesal en el concurso de PORTOCARRIO, SL, como sociedad escindida de ésta última, formó frente común con la JUNTA DE COMPENSACIÓN DE VALDEBEBAS y, en casi todas las ocasiones, con la AC, en el denominado “2.2. EL SEGUNDO PERIODO” en la solicitud de conclusión de la AC (...). Como expone con detalle la AC en dicha solicitud, este periodo, de poco más de dos años, se caracterizó por que, a partir del fracaso de la Junta de Acreedores, “la litigiosidad alcanzó grados difícilmente imaginables” y por qué “la estrategia seguida por la sociedad (concurrida) fue muy agresiva, intentando conseguir como fuera la paralización de la tramitación del procedimiento”. En ese periodo de este concurso, PORTOCARRIO, SL, fue siempre una ayuda para los órganos del concurso, tanto para la AC como para el Juez del concurso, y formó frente común con la acreedora JUNTA DE COMPENSACIÓN DE VALDEBEBAS en los intentos por frenar la escalada de beligerante, intensa y agresiva litigiosidad que la concursada utilizaba como estrategia de paralización del concurso y que desde dentro del concurso se vivía como una auténtica guerra.

Sin embargo, en el presente concurso se ha producido un sobrante de parcelas del activo de la concursada, después de pagar a los acreedores. Lo primero que ha de indicarse es que este sobrante es fruto de una correcta ejecución del plan de liquidación, con una adecuada comercialización del proceso de venta de las parcelas, que permitió obtener buenos precios de venta en un acto público de licitación de las mismas. Hay plasmados, a lo largo del concurso, varios intentos de venta de las parcelas por las administradoras sociales de la concursada (D^a. ELENA y D^a. LORENA CORT LAGOS), en donde los precios del m² de terreno en la venta de las parcelas, que éstas anunciaban y aceptaban como

bueno para los acreedores del concurso, era, en algunas de las parcelas, un 237,75% más barato que el que se obtuvo con la venta llevada a cabo en el concurso por la AC. Ello quiere decir que, de haber vendido por el precio que -por las razones que fueran- aceptaba la concursada, habría que haber vendido casi todas las parcelas que había en el activo de la concursada para poder pagar a los acreedores y hoy, PORTOCARRIO VALORES, SL, no podría reclamar las parcelas [...]. Así, en el Auto de 17/2/16, decíamos lo siguiente: “- La oferta de venta que presenta la concursada no tiene precio de venta conocido, ni el nombre de los oferentes ni un mínimo de requisitos que nos permitan considerar que estamos ante una oferta seria. Eso sí; la representación procesal de la concursada nos dice que está dispuesta a aceptar un precio mínimo de 500€ por metro cuadrado/edificación. Pues bien; poco antes de la celebración del acto de apertura de sobres sobre ofertas de las fincas de la concursada, que tuvo lugar el 3/9/15, la concursada tenía un adquirente (fondo de inversión estadounidense CASTELAKE, a través de su sociedad instrumental ESPEBE 19, SL) dispuesto a ofrecer un precio de 750€ por metro cuadrado/edificación. Pues bien; en el acto de licitación y apertura de sobres celebrado el 3/9/15, las parcelas 167-B y 167-C (dos de las que pretendía vender la concursada) se adjudicaron provisionalmente a la sociedad AMENÁBAR PROMOCIONES RESIDENCIALES, SL por un precio de 1.188,77€ por metro cuadrado/edificación (el precio obtenido en la adjudicación provisional de las parcelas 170 C y 170 D, sobre las que se pedía constituir hipoteca, es ligeramente superior, 1.189,79€ por metro cuadrado/edificación). En conclusión; lo que se ha impedido es que la concursada obtenga por sus bienes precios inferiores a los que pueden obtenerse y que, para pagar su deuda frente a los acreedores, hubiera tenido que vender bastantes más parcelas de las que tuvieron que adjudicarse el 3/9/15. Vendiendo a 500€ por metro cuadrado/edificación -precio mínimo por el que la concursada aceptaba vender sus parcelas- nunca hubiera conseguido la finalidad que la representación procesal de la concursada expresa en su escrito de recurso (“y por ello sólo se pretendía la enajenación de la parte estrictamente necesaria para atender sus deudas”) porque vendiendo a ese precio, para pagar a sus acreedores tiene que vender más del doble de parcelas que si vende a 1.188,77€ por metro cuadrado/edificación. Dado que estamos ante un concurso singular, con un activo superior al pasivo, la concursada puede salir del mismo en cualquier estado del procedimiento, si en el concurso se paga a los acreedores (artículo 176.1-4º de la LC). Con lo que, atendiendo no sólo al interés del concurso, sino al interés de la sociedad, la venta propuesta por la concursada hubiera supuesto un claro perjuicio económico para el concurso, para los acreedores y para la sociedad. Además, la concursada proponía la constitución de garantía real sobre “algunas fincas” de su propiedad, algo que sólo puede admitirse si se paga a todos los acreedores porque, de otra forma, se altera la prelación de pago de los acreedores del concurso introduciendo a unos acreedores privilegiados y se dificulta

la enajenación de las parcelas, que es la forma en que la concursada propone pagar a los acreedores.

De tal manera que el paso del tiempo ha supuesto un beneficio económico para la concursada, con una revalorización del precio de venta de un 237,75% en algunas de las parcelas, en un contexto de bajada generalizada de precios en el mercado inmobiliario.

Permitir la enajenación y constitución de hipoteca sobre las parcelas en las condiciones que pretendía la concursada, habría supuesto registrar una pérdida de activos importante en la misma”.

Dicha litigiosidad y beligerancia de la concursada desapareció cuando, con fecha 8/3/16, se produjo un cambio en la titularidad del capital social de PARQUE EMPRESARIAL DEL OLIVAR, SLU. Con tal fecha, la FUNDACIÓN FOMENTO HISPANIA, socia única de la concursada, vendió 218.000 participaciones de PARQUE EMPRESARIAL DEL OLIVAR, SLU, en situación de liquidación concursal, a la sociedad BARAKA GLOBAL INVEST, SLU, cuyo Administrador Único es D. TRINITARIO CASANOVA ABADÍA. Como se expresa en la solicitud de conclusión del concurso de la AC, el nuevo socio de la concursada cambió radicalmente la estrategia de ésta en el concurso, que pasó del enfrentamiento total con algunos de los acreedores y con los órganos del concurso a una estrategia de desistimiento de los múltiples procedimientos iniciados, de asumir los pagos que hubieran de hacerse y de solicitar la conclusión del concurso.

En esa nueva estrategia, el contacto del nuevo socio de la concursada con PORTOCARRIO VALORES, SL lo expresa la AC de forma concreta en su contestación a la demanda incidental (...), en los términos literales que siguen: “El letrado don ÓSCAR QUIROGA SARDI (que lo es de la concursada) informó al Administrador concursal de que, en la primera de esas reuniones, celebrada en la sede de GÓMEZ-ACEBO & POMBO, el letrado de PORTOCARRIO VALORES, S.L. cuantificó las costas en 218.000 euros, cantidad manifiestamente desproporcionada; y que, en la segunda, celebrada el 8 de febrero de 2017 en el mismo lugar, don MANUEL ÁLVAREZ DÍEZ manifestó que la determinación del importe de las costas a pagar tenía que ser simultáneo a la solución del tema de las dos parcelas donadas por PARQUE EMPRESARIAL DEL OLIVAR, S.L.U. a PORTOCARRIO, S.L. y reintegradas a la masa activa de la sociedad concursada a demanda de la administración concursal con allanamiento de la sociedad donataria. Naturalmente, esta pretensión era inaceptable, por lo que no pudo alcanzarse acuerdo alguno”.

Dichos antecedentes explican perfectamente por qué en el petitum inicial de la demanda incidental se menciona como punto único y exclusivo del mismo el que fue punto 4 del petitum definitivo y se olvidan por completo los puntos 1 a 3 del petitum definitivo. Lo que ocurrió es que, presentada la demanda incidental inicial con un sólo punto del petitum -el

que luego sería el punto 4- se pidió por el Juzgado una subsanación del petitum, en lo que se considera un recto entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva; es decir, como en el cuerpo de la demanda incidental sí se mencionaban créditos que sí podían constituir la base de una oposición a la conclusión del concurso, que no se mencionaban en el petitum de la demanda incidental inicial, el Juzgado requirió a la demandante para que subsanara el petitum, cosa que hizo; así se pasa de un petitum de la demanda inicial de un solo punto, a un petitum definitivo de cuatro puntos. No obstante, dicha actuación procesal revela de forma meridiana que el auténtico interés de PORTOCARRIO VALORES, SL lo constituye la reintegración de una parcela y del importe pagado por otra y no los créditos por costas, dado que siendo la demandante la única legitimada para presentar las solicitudes de tasación de costas que permitirían hacerlos líquidos, vencidos y exigibles nunca se han presentado tales solicitudes al procedimiento ni, por lo que dice la AC en su contestación de la demanda, se quieren presentar. Dicha actuación procesal también revela claramente que el propósito de PORTOCARRIO VALORES, SL es suspender la tramitación del concurso hasta que se le reintegren las parcelas y/o su importe, propósito de suspensión del procedimiento y del concurso que PORTOCARRIO VALORES, SL formula expresamente el OTROSÍ PRIMERO DIGO de la demanda incidental.

Sin embargo, en el Auto de 16/6/17, se inadmite la demanda incidental en relación al punto 4 del petitum definitivo, porque PORTOCARRIO VALORES, SL puede tener y defender todos los derechos que considere oportunos en las jurisdicciones que entienda adecuadas en cuanto al enriquecimiento injusto que pueda haber experimentado PARQUE EMPRESARIAL DEL OLIVAR, SLU como consecuencia del éxito de la acción rescisoria ejercitada por la AC frente a PORTOCARRIO, SL. Pero no puede oponerse a la conclusión del concurso por pago, consignación o íntegra satisfacción de los acreedores (artículo 176.1-4º de la LC) reclamando el pago de un crédito que no tiene reconocido en el concurso (el importe pagado por una de las parcelas reintegradas y enajenadas en el concurso) y la entrega de una parcela cuya titularidad no tiene reconocida en documento o resolución alguna. Por tal motivo, el punto 4 del petitum fue inadmitido a trámite por el Auto de 16/6/17, que admitió la demanda incidental en el resto de puntos del petitum que, seguidamente, pasamos a analizar.

SEGUNDO: Con carácter general hemos de tener en cuenta que la oposición formulada a la conclusión del concurso en los puntos 1 a 3 del petitum de la demanda supone, también, una oposición a la aprobación de la rendición de cuentas de la AC, puesto que la estimación de cualquiera de esos puntos altera la rendición de cuentas efectuada por la AC en su escrito de solicitud del concurso y rendición de cuentas de 16/1/17. Dicha oposición a la aprobación de la rendición de cuentas está expresamente formulada en el petitum de la demanda incidental. El artículo 181.3 de la LC, cuando además de la oposición a la conclusión del concurso se formula oposición a la aprobación de la rendición de

cuentas, impide que la conclusión del concurso sea por auto (primer inciso del artículo 176 de la LC) y obliga a concluir el concurso en la sentencia que se dicte en el incidente de oposición a la conclusión del concurso. “Si hubiese oposición (a la rendición de cuentas), la sustanciará por los trámites del incidente concursal y la resolverá con carácter previo en la sentencia, que también resolverá sobre la conclusión del concurso. Si hubiese oposición a la aprobación de las cuentas y también a la conclusión del concurso, ambas se sustanciarán en el mismo incidente y se resolverán en la misma sentencia, sin perjuicio de llevar testimonio de ésta a la sección segunda”. La relación directa entre la oposición a la conclusión del concurso por el impago de créditos y la oposición a la aprobación de la rendición de cuentas, que ha podido no tener en cuenta esos créditos, está perfectamente destacada en la Sentencia de la Audiencia Provincial (también, SAP, en adelante) de Madrid, Sección 28ª, de 4/3/16, Repertorio Oficial de Jurisprudencia (ROJ, en adelante): SAP M 3559/2016, en los términos que siguen: “(N)o resultaba posible acordar la conclusión del concurso cuando se había formulado oposición a la aprobación de las cuentas presentadas por la administración concursal que, necesariamente, debía resolverse en el mismo incidente y en la misma sentencia que decidiera sobre el incidente de oposición a la conclusión del concurso (artículo 181.3 de la Ley Concursal)”.

Por tanto, los tres motivos de oposición a la conclusión del concurso por pago, consignación o íntegra satisfacción de los acreedores (artículo 176.1-4º de la LC), alegando como motivos de oposición el reconocimiento de créditos que no han sido tenidos en cuenta por la AC, son, a la vez, motivos de oposición a la aprobación de la rendición de cuentas.

El primer motivo de oposición a la conclusión del concurso y a la rendición de cuentas es que no se han abonado “Los intereses adeudados a mi mandante devengados ex artículo 59 de la Ley Concursal por el crédito de su titularidad derivado del Contrato de Préstamo, por importe de 1.029.238,99 euros, de acuerdo con el detalle contenido en el Hecho Segundo de la Demanda”. Pues bien; no es cierto que no se hayan pagado tales intereses a PORTOCARRIO VALORES, SL. [...]. Lo que ha ocurrido es lo siguiente: Hay un error material en el cálculo de intereses que se efectúa en la solicitud de conclusión de concurso y rendición de cuentas presentada por la AC el 16/1/17, [...].

En consecuencia, procede corregir el error material existente en la solicitud de conclusión de concurso y rendición de cuentas de la AC, de fecha 16/1/17 y en la página 49 de dicho escrito, en lugar de la cantidad de 86.019€, adeudada en concepto de intereses, debe figurar la cantidad de 132.449,81€, por las razones expuestas.

Corregido el error material en dicha solicitud, ha de analizarse la corrección de la petición de pago de intereses que se efectúa en el punto 1 del petitum de la demanda incidental. [...]

El motivo de oposición a la conclusión del concurso y a la aprobación de la rendición de cuentas debe ser desestimado, porque a la fecha de interposición de la demanda incidental (24/2/17), con independencia de cuándo la demandante haya podido tener conocimiento del ingreso en su cuenta de esos 72.374,11€ que se le transfieren el 23/2/17 (...), la AC no debe nada a PORTOCARRIO VALORES, SL en concepto de intereses. Asimismo, la rendición de cuentas presentada, una vez corregido el error material padecido por la AC en la solicitud de conclusión y rendición de cuentas que se ha expresado, debe ser aprobada.

TERCERO: El siguiente motivo de oposición a la conclusión del concurso y a la aprobación de la rendición de cuentas por la AC es que no se han pagado “los créditos contra la masa derivados de las condenas en costas contra la concursada derivados de los incidentes y recursos habidos en el seno del concurso de acreedores, en los términos formulados en el Hecho Tercero de la Demanda”. Pues bien; lo primero que ha de decirse al respecto es que tales créditos contra la masa no se han pagado por la AC por que no están vencidos, ni son líquidos ni son exigibles. Ya se ha expresado que no es en absoluto casual que la única legitimada para solicitar la tasación de costas, PORTOCARRIO VALORES, SL, no haya presentado dichas solicitudes.

En consecuencia, si como regla general los “créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos” (artículo 84.3 de la LC), la AC no está obligada a pagar los créditos contra la masa que no están vencidos y que no deben figurar en su rendición de cuentas, pese a que sí figuren en informes trimestrales de liquidación.

Por lo expuesto, la oposición a la conclusión del concurso y aprobación de la rendición de cuentas por tal motivo debe ser desestimada ya que estos créditos condicionados por costas no pueden ser pagados por la AC.

No obstante, en el entendimiento más amplio posible de una tutela judicial efectiva, ha de admitirse que las condenas en costas a las que se refiere PORTOCARRIO VALORES, SL existen, y pese a que no hay una tasación de costas firme aprobando dichos créditos, existe un crédito condicionado a favor de PORTOCARRIO VALORES, SL en tal sentido. La concursada ha expresado su interés y máxima colaboración con los órganos del concurso para la conclusión del mismo y consignó 220.000€ en la Cuenta de Depósitos y Significaciones para satisfacer tal crédito condicionado y poder concluir el concurso, ante la consiente inactividad de PORTOCARRIO VALORES, SL en cuanto a solicitar las tasaciones de costas. Dicha cantidad fue calculada por el Letrado de la concursada, atendiendo a las minutas que se pudieran girar. Tal cantidad fue devuelta por la Señora Letrada de la Administración de Justicia de este Juzgado a la cuenta bancaria de la AC. Este Juzgador considera suficiente dicha cantidad y, en providencia de fecha 21/9/17, transcrita en lo necesario, se acordó: “REQUERIR a la

ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de PARQUE EMPRESARIAL DEL OLIVAR, SL para que, efectúe provisión, con cargo a la masa, de 220.000€, a resultas de los créditos contra la masa que pudieran resultar en favor de PORTOCARRIO VALORES, SL, a pagar cuando haya tasación de costas aprobada por resolución firme y por el plazo máximo de dos años, calculado estimativamente en función de la previsión de agotamiento de todas las instancias para obtener tasación de costas firme. Si el concurso concluyera antes de que haya tasación de costas aprobada por resolución firme y la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL cesara en su cargo, se efectúa el mismo requerimiento al ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE PARQUE EMPRESARIAL DEL OLIVAR, SL, a través de su representación en autos, para que mantenga la provisión de esa cantidad, afectada por las circunstancias de existencia de tasación de costas aprobada por resolución firme y por el plazo máximo de dos años". Bien entendido que al reconocimiento de tales créditos se les está aplicando no el régimen jurídico de las consignaciones judiciales, sino el artículo 87.4 de la LC ("Cuando el juez del concurso estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente, podrá, a petición de parte, adoptar las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas por las partes y cualesquiera otras que considere oportunas en cada caso"), puesto que estamos ante créditos condicionales que dependen de la existencia de las resoluciones que aprueben, con carácter de firmeza, las tasaciones de costas. En consecuencia, la petición de la representación procesal de la concursada, en el sentido de que "Acuerde, previa la declaración de suficiencia de la cantidad que se consigne para atender el pago de los créditos por costas a los que se refiere el apartado 2) del Suplico de la demanda (de los que la actora dice ser titular, pero que sigue sin cuantificar) la terminación del presente incidente, y proceda a continuación a la conclusión del concurso", debe entenderse como la solicitud de provisiones con cargo a la masa que se efectúa por la providencia de 21/9/17, conforme al artículo 87.4 de la LC. Queda suficientemente garantizado el pago de los créditos condicionados que pueda ostentar PORTOCARRIO VALORES, SL con la provisión que se acuerda en la providencia de 21/9/17. Por tanto, el motivo de oposición a la conclusión del concurso y a la aprobación de la rendición de cuentas por la AC, debe ser desestimado.

CUARTO: El tercer motivo de oposición que formula la representación procesal de PORTOCARRIO VALORES, SL en el petitum de su demanda incidental se sustenta en que no se ha pagado "el crédito contra la masa en concepto, en su caso, de costas por el allanamiento efectuado en el seno del incidente concursal número 732/2012 seguido a instancias de D. Manuel González Arias contra PORTOCARRIO SL y, en su caso, la condena en costas al demandante, en los términos formulados en el Hecho Cuarto de la Demanda".

Lo ocurrido en el Incidente Concursal nº 732/2013 (hay un error material en el año del número de Incidente que refiere la demandante, 732/2012), es lo siguiente: [...]

En todo caso; lo verdaderamente determinante para resolver la pretensión de la demandante en este punto es que, tanto si se reconoce el derecho de PORTOCARRIO VALORES, SL a ser resarcido en costas por carencia sobrevenida del objeto, como si se reconoce tal derecho por desistimiento de la representación procesal de D. MANUEL GONZÁLEZ ARIAS, no estamos ante ningún crédito frente a la concursada, sino ante un crédito frente a D. MANUEL GONZÁLEZ ARIAS, demandante en dicho incidente. De tal manera que habiéndose solicitado la conclusión del concurso por pago, consignación o íntegra satisfacción de los acreedores (artículo 176.1-4º de la LC) no puede estimarse en este punto la pretensión de la demandante, porque ni se ha reconocido a PORTOCARRIO VALORES, SL un crédito por costas en dicho Incidente, ni el crédito que pudiera ostentar lo tiene frente a la concursada, sino frente a D. MANUEL GONZÁLEZ ARIAS. En consecuencia, no siendo PORTOCARRIO VALORES, SL acreedor de la concursada, por tales eventuales créditos, ninguna obligación de pago tiene ni puede tener la concursada en relación a ellos. Por todo ello, el motivo de oposición a la conclusión del concurso por el impago de un crédito que no se tiene frente a la concursada y a la rendición de cuentas debe ser desestimado.

La AC ha realizado el pago de todos los créditos concursales reconocidos a los acreedores. Para ello ha sido preciso efectuar dos consignaciones notariales a favor de acreedores VICTORIANO PALOMERO E HIJOS, SL y RAGE ARQUITECTURA, SL. A la vista de que el plazo para poder cobrar sus créditos en las consignaciones notariales empieza a contar desde la publicación en extracto de esta resolución en el BOE y que es el fallo de esta resolución el que pasa al extracto, se acuerda anunciar en el fallo de esta resolución las consignaciones notariales de los importes reconocidos por sus créditos a los acreedores VICTORIANO PALOMERO E HIJOS, SL y RAGE ARQUITECTURA, SL para asegurar una mayor eficacia al pago.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, procede declarar la conclusión del concurso por pago y consignación de la totalidad de los créditos concursales reconocidos.

QUINTO. Uno de los efectos de la conclusión del concurso es la extinción de la sociedad concursada. Lo expresa el artículo 178.3 de la LC en los términos que siguen: "La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme".

Sin embargo, tanto en el escrito de la representación procesal de la concursada firmado digitalmente el 1/1/17, solicitando a la AC que emita Informe de conclusión, como en la solicitud de conclusión de concurso y rendición de cuentas de 16/1/17, presentada por la AC, se solicita la reactivación de la sociedad disuelta por existencia de

superávit patrimonial (...). En la solicitud de la AC se razona acerca de que los supuestos de declaración de extinción de la sociedad concursada disuelta se limitan a los supuestos de inexistencia o insuficiencia de masa activa (artículo 178.3 de la LC); pero no se extienden a los supuestos en los que, tras haberse producido el pago, la consignación o íntegra satisfacción de los acreedores (artículo 176.1-4º de la LC), siguen existiendo bienes y derechos en el activo de la concursada. Se expresa que la competencia para acordar la reactivación de la sociedad la tiene el mismo órgano que declaró su disolución; en el presente caso, dicha disolución, ex artículo 361.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (también, TRLSC, en adelante) la acuerda este órgano Judicial cuando se dicta el Auto de apertura de la fase concursal de liquidación. Luego la competencia para acordar la reactivación de la sociedad, la tiene este órgano Judicial.

El tema ha sido tratado jurisprudencialmente por el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de 15/7/16 (ROJ: AAP A 111/2016), que razona concretamente que la extinción de la sociedad concursada se acuerda (artículo 178.3 de la LC) cuando se declara la conclusión del concurso por liquidación (último inciso del artículo 176.1-2º de la LC), o por insuficiencia de la masa activa del deudor (artículo 176.1-3º de la LC). Cuando la causa de conclusión del concurso es diferente (en nuestro caso, la del artículo 176.1-4º de la LC) no tiene por qué acordarse la extinción, desaparece la causa de disolución del artículo 145.3 de la LC y no hay causa legal que impida la reactivación de la sociedad. Lo expresa literalmente en los términos que siguen: "No hay obstáculo legal en, mientras no termine la liquidación con el pago de los créditos a consecuencia de la misma, entender legalmente factible la reactivación de la sociedad en liquidación si se pone fin al concurso por pago voluntario a los acreedores.

En efecto, el art 178-[1.3]º LC ordena la extinción del deudor persona jurídica por dos motivos, a saber, por insuficiencia de la masa activa y en los casos de "resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación", en modo tal que el art. 178-3 ciñe la motivación de la extinción de la sociedad deudora a dos concretas causas de entre las contempladas en el art 176 LC para conclusión del concurso a saber, a la contemplada en el inciso final del 176-1-2ª y a la descrita en el motivo 3º del mismo precepto de la Ley Concursal. Consecuentemente, si la causa de la conclusión es diferente, por ejemplo, por pago o consignación de créditos o renuncia de todos los acreedores reconocidos, no se producirá el presupuesto de la extinción y la causa de disolución legalmente prevista en la Ley -art 145-3 LC- desaparecerá con todos sus efectos. Está por tanto vinculada legalmente la motivación de conclusión del concurso con la causa legal de disolución y sobre esa vinculación debe entenderse la posibilidad de reactivación de la sociedad deudora".

Efectivamente; el derecho societario vincula la reactivación de la sociedad a que haya desaparecido la causa de

disolución, entre otros requisitos (artículo 370.1 del TRLSC). En el presente caso, al no haber concluido el concurso por finalización de la fase de liquidación (último inciso del artículo 176.1-2º de la LC), puesto que no ha sido necesario ejecutar todos los bienes de la concursada para pagar a los acreedores, desaparece la causa de disolución acordada como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (artículos 145.3 de la LC y 361.2 del TRLSC). Si la causa determinante de la conclusión del concurso (en nuestro caso, la del artículo 176.1-4º de la LC) no es de las que, según el artículo 178.3 de la LC, determina la extinción de la sociedad deudora (las del último inciso del artículo 176.1-2º de la LC y la del artículo 176.1-3º de la LC) y desaparece la causa de disolución por no llevarse a término la liquidación, es posible la reactivación de la sociedad. Así se acordará en el fallo de esta resolución.

SEXTO. Uno de los efectos jurídicos de la conclusión del concurso es el cese de las limitaciones en las facultades de administración y disposición sobre el deudor. Así lo dispone el artículo 178.1 de la LC: "En todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición sobre el deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación o de lo previsto en los capítulos siguientes". Se acordará lo procedente en el fallo de esta resolución.

Sólo resta indicar que no es motivo de oposición a la conclusión del concurso que la apertura y tramitación de la Sección 6ª, de Calificación se prolongue después de que se haya dictado la resolución acordando la conclusión del concurso. La demandante no alega como motivo de oposición que la Sección 6ª, de Calificación, esté todavía en tramitación. No obstante, son abundantes los argumentos expresados por la concursada y la AC en el presente procedimiento que permiten la conclusión del concurso con la Sección 6ª abierta y en estado de tramitación. A mayor abundamiento, en la doctrina, la posibilidad de concluir el concurso estando en tramitación la Sección 6ª es admitida y tratada de una forma clara por MARTÍNEZ FLÓREZ, AURORA, en "La conclusión del concurso por pago íntegro de los acreedores y la continuación de la sección de calificación que estuviera formada", Anuario de Derecho Concursal num.8/2006 (2006), parte Opiniones Legales, páginas 620-626, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2006 y, también, en Aranzadi Experto, Thomson Reuters, referencia BIB 2006\297. Nos remitimos a su íntegra lectura. En el presente caso, esa posibilidad de conclusión es, si cabe, más clara, en cuanto que ninguna responsabilidad se reclama a la concursada en el Informe de Calificación de la AC ni en el Informe de Calificación del Ministerio Fiscal. Nada más hay que añadir, insistiendo en que la existencia de la Sección 6ª en fase de tramitación no es alegada por la demandante como causa de oposición a la conclusión».