

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 64

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 [R. 3179/2014] DE 21 DE FEBRERO DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Contrato de préstamo hipotecario. - El compromiso de los deudores hipotecarios de transmitir la finca hipotecada a los fiadores, en el caso de que estos deban hacerse cargo del impago total o parcial del crédito, reúne los presupuestos del pacto comisorio prohibido por la norma.

«1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la validez de un compromiso obligacional de los deudores hipotecarios otorgado a los fiadores en garantía de la indemnización que les pudiera corresponder por hacerse cargo del pago total o parcial de la deuda hipotecaria. Todo ello con relación a la prohibición de pacto comisorio (artículo 1859 del Código Civil).

2. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en instancia.

I) El 11 de agosto de 2005, don Donato y doña Adelaida adquieren por compraventa un piso en Madrid por el precio de 430.000 euros, que la parte vendedora confiesa haber recibido con anterioridad a la formalización de la escritura pública de compraventa.

II) En la misma fecha, y sin solución de continuidad, los compradores suscriben con la Caixa un préstamo con garantía hipotecaria. Dicho préstamo se instrumentaliza en una escritura de crédito abierto hasta un límite de 400.000 euros que los compradores reciben en concepto de primera disposición. Cantidad que se debe amortizar mediante el pago de cuotas mixtas de periodicidad mensual, con un vencimiento final que no puede exceder del día 31 de agosto de 2035.

III) En dicha escritura de préstamo hipotecario aparecen como fiadores solidarios don Eloy y doña Belén, padres de don Donato.

En la misma fecha, esto es, el 11 de agosto de 2005, a instancia de los compradores se otorga un acta de manifestaciones con el siguiente tenor:

«[...] Hacen constar los comparecientes que si a consecuencia del impago total o parcial del crédito, tuviesen

que hacerse cargo de éste los referidos fiadores, se comprometen a transmitir a los mismos la finca hipotecada, siendo de su cuenta todos los gastos que con ello se originen».

IV) En el mes de octubre de 2012, los prestatarios dejan de abonar las cuotas del préstamo hipotecario, y la entidad bancaria exige el cumplimiento de las mismas a los fiadores que, a la fecha de la interposición de la demanda del presente pleito, han abonado cuatro cuotas.

3. Don Donato y sus padres, los fiadores don Eloy y doña Belén, demandantes y aquí recurridos, presentaron demanda contra doña Adelaida en la que solicitan su condena a otorgar la escritura pública de transmisión de la propiedad de la vivienda a los fiadores por haberse cumplido la condición pactada, de acuerdo con el tenor del compromiso adquirido por los deudores hipotecarios.

Doña Adelaida se opuso a la demanda poniendo de manifiesto que, tras la ruptura de la convivencia de hecho con el codemandante don Donato en el año 2008, la vivienda está sujeta a un procedimiento de división de cosa común con objeto de ser subastada. Y que, en todo caso, el acta de manifestaciones es una declaración de voluntad unilateral que no fue aceptada y constituye un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En este sentido, consideró que la referida acta de manifestaciones constituía un auténtico pacto comisorio, resultaba claramente abusiva por cuanto los fiadores adquirirían el inmueble abonando únicamente cuatro cuotas del préstamo hipotecario y, además, el deudor era codemandante.

5. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la sentencia de la Audiencia, con estimación del recurso, revocó la sentencia de primera instancia y estimó la demanda. A los efectos que aquí interesan declaró: «[...] En este caso no estamos en presencia de un préstamo donde los acreedores pretenden hacer suya la cosa en propiedad si la parte deudora incumple su obligación de pago, sino ante un supuesto que responde mucho más a la realidad de las cosas, esto es cuando los avalistas son requeridos por el Banco para el pago de la cantidad que no abonan los deudores principales, quienes se comprometen a transferir la propiedad a aquellos. Supuesto que no es ajeno al contenido del artículo 1838 del CC en virtud del cual el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este en la cantidad total de la deuda (más intereses, gastos etcétera).

Aquí los deudores principales frente al Banco, titulares de la vivienda hipotecada, vienen a fijar mediante dicha acta de manifestaciones ante Notario la concreción de esa indemnización a los fiadores, que se hacen cargo del crédito o préstamo hipotecario, a la sazón padres de don Donato. Se trata por tanto de una obligación asumida libre y voluntariamente por los compradores de la vivienda, que vienen obligados a su cumplimiento».

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

Recurso de casación.

SEGUNDO. - Prohibición de pacto comisorio (artículo 1859 del Código Civil). Garantía atípica. Compromiso unilateral de los deudores hipotecarios de transmitir la vivienda hipotecada a los fiadores en caso de incumplimiento total o parcial de la deuda. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en cinco motivos. De los que han resultado admitidos el primero y el quinto.

2. En el motivo primero, denuncia la infracción del artículo 1859 del Código Civil que prohíbe el pacto comisorio.

En el desarrollo del motivo cita las sentencias de esta sala de 27 de enero de 2012, 4 de mayo de 1988, 18 de febrero de 1997 y 25 de septiembre de 1986

3. El motivo debe ser estimado.

El artículo 1859 del Código Civil contempla, de acuerdo con nuestro Derecho Histórico y antecedentes de nuestra codificación (Partida 5.ª, ley 41 del Tít. V y 12 del Tít. XIII y Proyecto de 1851), la prohibición del pacto comisorio que impide que el acreedor, verificado el incumplimiento del deudor hipotecario o pignoraticio, haga suya la cosa entregada en garantía, bien directamente mediante su apropiación, o bien indirectamente mediante su disposición.

Dos son los presupuestos que caracterizan la aplicación de esta figura. En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor.

En este contexto, debe señalarse que la prohibición del pacto comisorio, con los presupuestos de aplicación resaltados, opera igualmente en la configuración y validez de las garantías atípicas con un resultado equivalente (STS 485/2000, de 16 mayo).

Esto es lo que ocurre en el presente caso, en donde la configuración de la garantía atípica otorgada en favor de los

fiadores reúne los presupuestos del pacto comisorio y, por tanto, debe ser asimilada a un auténtico pacto comisorio prohibido por la norma, que prevé a su nulidad absoluta (STS 141/2013, de 1 de marzo).

En efecto, desde la literalidad del compromiso obligacional asumido unilateralmente por los deudores hipotecarios se observa, con claridad, que la garantía otorgada se halla causalmente vinculada al nacimiento del futuro crédito de los fiadores, cuya indemnidad se garantiza de forma coetánea a la constitución del préstamo hipotecario, en la misma fecha y en unidad de acto. De forma que la disposición de la vivienda en favor de los fiadores opera automáticamente ante el incumplimiento total o «parcial» de los deudores. Sin ningún procedimiento objetivable de realización del bien y con ausencia de todo mecanismo de restitución o compensación por los pagos y gastos ya satisfechos por los deudores con relación al préstamo hipotecario suscrito. Del mismo modo dichos deudores hipotecarios no reciben ninguna contra-garantía por la disposición efectuada en favor de los fiadores, pues para la entidad bancaria continúan sujetos a la relación crediticia y, por tanto, siguen respondiendo de las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2198/2014] DE 1 DE MARZO DE 2017 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

2

Sociedades de capital: responsabilidad de los administradores por las deudas sociales. - No puede declararse la responsabilidad solidaria del administrador social respecto de deudas nacidas con anterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad. El momento relevante para decidir sobre si la obligación es anterior o posterior a la concurrencia de la causa legal de disolución es el momento en el que nace la obligación social de la que se pretende hacer responsable solidario al administrador.

«D. Abel y D. ^ª Adela interpusieron una demanda contra la sociedad David Gil Chamorro, S.L., en la que le reclamaban el pago de sus servicios profesionales como abogado y procuradora, respectivamente.

La demanda fue dirigida también contra D. Secundino, como persona física, en calidad de administrador de la sociedad. Los demandantes ejercitaron contra el administrador la acción individual de responsabilidad del art. 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable por remisión del art. 69.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y la acción en exigencia de responsabilidad solidaria por las deudas sociales del art. 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por estar incurso la sociedad en causa legal de disolución y no haber realizado el

administrador social las actuaciones que le eran exigibles para la disolución y liquidación de la sociedad ni solicitar su declaración en concurso.

2.- El Juzgado Mercantil condenó a la sociedad demandada al pago de los servicios profesionales que le prestaron los demandantes. Desestimó la acción individual de responsabilidad del art. 135 de la Ley de Sociedades Anónimas ejercitada contra el administrador social, pero estimó la acción de exigencia de responsabilidad solidaria del administrador prevista en el art. 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada por concurrir los requisitos previstos en dicho precepto legal. Consideró irrelevante que la obligación fuera anterior o posterior a la concurrencia de la causa legal de disolución, porque no podía aplicarse la reforma del art. 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, que ceñía la responsabilidad de los administradores a las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución «porque ello implicaría una inaceptable aplicación retroactiva de la norma».

3.- El administrador social recurrió la sentencia del Juzgado Mercantil. La Audiencia Provincial desestimó su recurso.

La Audiencia fijó el acaecimiento de la causa legal de disolución en julio de 2006. Consideró que la fecha a tomar en consideración para determinar si la deuda de la sociedad con el abogado y la procuradora era anterior o posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución era el momento en que el juzgado de Paterna dictó resolución en el procedimiento de jura de cuentas, lo que tuvo lugar el 15 de julio de 2010, pues solo en ese momento el importe adeudado fue líquido, vencido y exigible.

4.- El administrador demandado ha interpuesto recurso de casación fundado en un solo motivo.

SEGUNDO. - Formulación del motivo

1.- El único motivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente párrafo:

«Mediante este motivo del recurso se denuncia que la Sala sentenciadora ha incurrido en infracción, en el concepto de violación por interpretación errónea, del artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 19/2005 de 14 de noviembre sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, que entró en vigor el día 16/11/2005 (actualmente artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital, Texto Refundido 1/2010 de 2 de julio, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2010 y derogó la LSRL)».

2.- Las razones que se exponen en el desarrollo del motivo consisten, resumidamente, en que no puede declararse la responsabilidad solidaria del administrador social respecto

de deudas nacidas con anterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad. En el caso enjuiciado, según se alega en el recurso, el nacimiento de la obligación se habría producido en 2002, cuando la sociedad contrató los servicios del abogado y la procuradora y se hizo una provisión de fondos, y no en el año 2010, que es la fecha tomada en consideración por la Audiencia Provincial por ser cuando se dictó (el 15 de julio de 2010) el auto fijando la cuantía de los derechos de la procuradora y los honorarios del abogado en el proceso de jura de cuentas promovida contra la sociedad y, por tal razón, ser la deuda vencida, líquida y exigible. Este auto sería meramente declarativo, pero no constitutivo de la obligación de pago de la deuda.

TERCERO. - Decisión de la sala. Determinación del carácter "posterior" de la obligación respecto del acaecimiento de la causa legal de disolución, a efectos de la responsabilidad solidaria del administrador social por las deudas sociales.

1.- Para resolver la cuestión planteada en el recurso debe determinarse, en primer lugar, cuál es la normativa aplicable.

Las sentencias de esta sala 246/2015, de 14 de mayo (LA LEY 69719/2015), y 456/2015, de 4 de septiembre (LA LEY 125702/2015), determinaron cuáles eran los hitos temporales relevantes para el ejercicio de la acción de responsabilidad del administrador social por deudas sociales. Declararon estas sentencias:

« [...] la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales nace: (i) cuando concurre una causa de disolución y no cuando nace la deuda, aunque tal deuda origine posteriormente la causa de disolución por pérdidas (luego el administrador contra el que se dirige la acción no puede ser el que ostentaba el cargo cuando se produjo la deuda, sino el que lo ostentaba cuando se produjo la causa de disolución y no cumplió los deberes de promover la disolución); (ii) no se haya convocado la Junta en el plazo de dos meses para adoptar el acuerdo de disolución o cualquier otro para restablecer el equilibrio patrimonial; y (iii) ni se haya solicitado la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde aquella fecha. [...]

» Como la causa de disolución acaece con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/2005 de 14 de noviembre, resulta de aplicación el art. 105.2 LSRL en la redacción dada por esta Ley».

2.- Dado que la Audiencia Provincial ha fijado como fecha en que acaeció la causa legal de disolución el mes de julio de 2006, y en el recurso no se ha cuestionado tal conclusión, el régimen legal aplicable es el del art. 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en la redacción dada por la disposición final 2 de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre. Este precepto legal, actualmente sustituido por el art. 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, establecía:

«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».

3.- La cuestión controvertida en el recurso consiste en qué criterio debe emplearse para considerar que la obligación social es anterior o posterior a la causa legal de disolución, si es el momento del nacimiento de la obligación o es el del momento en que la obligación está vencida y es líquida y exigible.

4.- Son datos fijados en la instancia que los servicios de la procuradora y el abogado demandantes fueron contratados como muy tarde en 2002 (consta que la provisión de fondos se hizo en septiembre de 2001). Estos servicios se prestaron en el juicio ordinario 254/2002, proceso de ejecución 485/2004, juicio verbal 630/2004 y proceso de ejecución 441/2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Paterna, en Valencia, y la apelación de la sentencia dictada en el primero de dichos procesos, seguida ante la Audiencia Provincial. En el auto dictado por dicho juzgado con relación a la jura de cuentas, se dice que la última actuación procesal realizada en dichos procedimientos fue un auto de 22 de febrero de 2006, poniendo fin al proceso, y una providencia de 2 de marzo de 2006 de desglose documental.

5.- En la sentencia 246/2015, de 14 de mayo (LA LEY 69719/2015), consideramos que el momento relevante para decidir sobre si la obligación es posterior a la concurrencia de la causa legal de disolución es el momento en que nace la obligación social de la que se pretende hacer responsable solidario al administrador.

Este criterio concuerda con el seguido por esta sala para atribuir al administrador social la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales existentes estando vigente su cargo, y, por el contrario, no atribuirle responsabilidad por las obligaciones nacidas con posterioridad a que haya cesado en su cargo, pese a que el incumplimiento del deber de promover la disolución y liquidación de la sociedad por concurrir causa legal de disolución se haya producido estando vigente su nombramiento (sentencias 585/2013, de 14 de octubre, (LA LEY 155776/2013) y 731/2013, de 2 de diciembre (LA LEY 196574/2013)).

No es preciso, por tanto, que la deuda esté vencida y sea líquida y exigible, pues si la obligación nació estando vigente el cargo del administrador, el mismo responde solidariamente con la sociedad, aunque hubiera cesado en el cargo antes de que la obligación estuviera vencida y fuera líquida y exigible.

6.- Es cierto que esta sala ha limitado la antedatación excesiva de las obligaciones a efectos de determinar la responsabilidad solidaria del administrador social, de modo que aunque la obligación que nació tras el acaecimiento de la causa legal de disolución traiga a su vez causa o esté relacionada con otra relación jurídica anterior, no puede antedatarse su origen al de la relación jurídica previa de la que trae causa o con la que está relacionada, a efectos de la "posterioridad" o "anterioridad" relevante en el precepto legal, salvo que se diera una relación de accesoriedad o subsidiariedad muy pronunciada entre la obligación posterior y la anterior, como era el caso del nacimiento de la obligación de pagar intereses de demora. Así lo declaramos en la sentencia 151/2016, de 10 de marzo.

Pero ese no es el caso objeto del recurso, en el que la obligación de pago nace cuando se prestaron los servicios por los profesionales a la sociedad de la que el recurrente era administrador.

7.- En esa sentencia afirmamos que la función de esta norma (el actual art. 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) era incentivar la disolución o la solicitud de concurso de las sociedades cuando concurra causa legal para una u otra solución porque, de no adoptar las medidas pertinentes para conseguir la disolución y liquidación de la sociedad o su declaración en concurso, según los casos, si la sociedad sigue desarrollando su actividad social con un patrimonio sustancialmente menor a su capital social y que se presume insuficiente para atender sus obligaciones sociales (o concurriendo otra causa legal de disolución, aunque la más frecuente en estos casos sea la de pérdidas agravadas), los administradores deberán responder solidariamente de cuantas obligaciones sociales se originen con posterioridad, tanto las de naturaleza contractual como las que tengan otro origen. Dentro de ese ámbito general, como concreción de esta función, tiene efectivamente un efecto desincentivador de la asunción de nuevas obligaciones contractuales por parte de la sociedad, aunque no es su función única dado que la responsabilidad solidaria de los administradores se produce respecto de cualesquiera obligaciones sociales, y no solo de las de origen contractual.

8.- En el presente supuesto, la obligación de pago nació cuando se prestaron los servicios a la sociedad por los profesionales que le representaron y defendieron en los procesos relativos a la nulidad del contrato de compraventa de un vehículo. Como se ha dicho, la última actuación procesal se produjo en marzo de 2006. Por tanto, la obligación social nació antes del acaecimiento de la causa legal de disolución, que la Audiencia fijó en julio de 2006.

El auto del Juzgado de Primera Instancia en el que se estimó la solicitud de jura de cuentas y se condenó a la sociedad de la que era administrador el hoy recurrente a pagar a su abogado y a su procuradora las cantidades que restaban por abonarles no hizo nacer la obligación de pago de la sociedad, sino que condenó a esta al pago de la deuda preexistente.

Por tanto, la asunción de la obligación contractual por la sociedad administrada por el recurrente se produjo en una fecha anterior al acaecimiento de la causa legal de disolución.

9.- La consecuencia de lo expresado es que la deuda social no puede considerarse posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución y, por tanto, no puede condenarse al administrador solidariamente con la sociedad al pago de dicha deuda con base en el art. 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1158/2014] DE 8 DE MARZO DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Obligaciones y contratos. – Dada la eficacia traslativa de la cesión de créditos instrumentada mediante un contrato de factoring sin recurso, el pago realizado por el deudor cedido a un tercero carece de efectos liberatorios frente al cesionario del crédito. - A los efectos del pago de intereses de demora, hay que tener presente que los supuestos de pago a terceros que constituyen situaciones de controversia no representan supuestos que puedan ser asimilados a la morosidad que es objeto de atención en la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales.

«El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la eficacia traslativa de una cesión de créditos instrumentada mediante un contrato de factoring sin recurso a los efectos de determinar la validez del pago realizado por el deudor cedido a un tercero, la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante Seguridad Social) que, tras notificarle las diligencias de embargo que pesaban sobre el cedente del crédito, las entidades Esabe Vigilancia, S.A., y Esabe Limpiezas Integrales, S.L., le requirió al deudor cedido, Correos, para que le pagase el importe de las facturas objeto de la cesión, conforme a su respectivo vencimiento.

2. En síntesis, el factor, antes Banco Español de Crédito, S.A., y ahora la entidad Banco de Santander, S.A., interpuso demanda contra la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., (en adelante, Correos), deudor cedido, en reclamación del importe de las facturas objeto de la cesión que Correos pagó a la Seguridad Social; 4.299.485,69 euros con relación a Esabe Vigilancia y 160.225,07 euros respecto a Esabe Limpiezas Integrales; más los intereses desde los

vencimientos de cada factura conforme a la aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, LLCM). Argumentó que dichos pagos se habían realizado indebidamente tanto de acuerdo con la naturaleza jurídica del contrato de factoring sin recurso, con eficacia traslativa del crédito cedido, como con lo pactado por las partes que expresamente contemplaron como pago liberatorio el realizado directamente al factor, previsión que se hacía constar en cada una de las facturas emitidas. Por lo que el pago realizado a la Seguridad Social, ajena a esta relación contractual, carecía de cualquier efecto liberatorio para el deudor cedido.

Por su parte, Correos se opuso a la demanda. En primer término, en lo que aquí interesa, cuestionó tanto el carácter automático del efecto traslativo del crédito objeto de cesión; como también que la cesión no estuviese sujeta a «compensación, retención, gravamen o afección». En segundo término, alegó que tampoco se producía dicha automaticidad de la cesión porque no existía el documento formal que debía remitir el factor a Correos con la indicación de los créditos que se cedían, pues dicho documento se sustituyó por una leyenda que se hacía constar en cada una de las facturas.

3. De los hechos acreditados en la instancia, interesa destacar los siguientes:

I) El 20 de abril de 2005, Banesto suscribió con Esabe Vigilancia S.A. un contrato de factoring sin recurso que, tras sucesivas ampliaciones, alcanzó el importe de 6.900.000 euros.

II) Con la desaparición de Banesto factoring, Banesto suscribió un nuevo contrato de factoring sin recurso con Esabe Vigilancia, de idéntico contenido con el anterior y sus sucesivas ampliaciones. En el anexo se contempló expresamente la cesión a Banesto factoring de los créditos que ostentara Esabe Vigilancia frente a Correos, con los límites contratados.

III) El contrato de factoring sin recurso de 20 de abril de 2005, fue comunicado por Esabe Vigilancia a Correos por carta de 26 de abril de 2005, y por Banesto factoring el 6 de junio de 2005, ambas cartas fueron giradas por conducto notarial.

IV) Desde el año 2005, Correos vino abonando a Banesto todas las facturas sin incidencia, hasta que fueron presentadas un grupo de facturas con fecha de emisión de 20 de mayo de 2012, y con fecha de vencimiento de 31 de agosto de 2012.

V) Cuando fueron presentadas las anteriores facturas, Correos comunicó a Banesto que, con fecha, de 24 de julio de 2012, la Tesorería General de la Seguridad Social había acordado contra Esabe Vigilancia un embargo por importe de 7.385.797,90 euros. Por lo que tomaba la decisión de

abonar las citadas facturas a la Tesorería General de la Seguridad Social, ante el riesgo de ser considerada deudora solidaria.

4. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. En primer lugar, condenó a Correos a pagar las cantidades reclamadas a excepción de dos facturas, de importe menor, que no aparecían en el listado de facturas cedidas por Esabe Limpieza. En segundo lugar, no consideró de aplicación al presente caso la LLCM.

Con relación a la cuestión de la naturaleza y alcance del contrato de factoring sin recurso consideró que los contratos firmados en su día por Banesto y Esabe Vigilancia y Esabe Limpiezas produjeron una transmisión plena del crédito al cesionario. Esto es, tal y como avisaba la propia leyenda contenida en todas y cada una de las facturas, la cesión fue operativa con la emisión de cada factura. De esta forma, Banesto aceptaba de un modo automático todas las facturas que emitía Esabe Vigilancia o Esabe Limpiezas que se correspondiesen con los servicios prestados a Correos, conforme con los límites de la financiación pactada. Por lo que no cabía la duda de interpretación sostenida por la demandada respecto a la cláusula 1.4, pues los créditos se cedían con base a la emisión de la factura y, desde entonces, Esabe dejaba de ser acreedor en todo caso y frente a terceros. Por lo que, a su vez, existiendo con anterioridad las referidas comunicaciones de la cesión operada al deudor cedido, tanto por Banesto, como por Esabe, la cesión operó todos sus efectos a favor de Banesto y a cargo de Correos, sin existir identidad de deudores frente a la Seguridad Social, cuyo embargo no podía ser opuesto a Banesto.

Con relación a los intereses de morosidad de la LLCM, el juzgado consideró que no procedía su aplicación.

En este sentido, señaló que no existía retraso en el pago, pues Correos pagó de forma puntual y diligente a un acreedor que creyó que era susceptible de recibir dicho pago, dando origen a la presente controversia.

5. Apelada la sentencia por ambas partes, la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por Correos y estimó el recurso del Banco de Santander, por lo que revocó en parte la sentencia de primera instancia en el sentido de imponer a la demandada el pago de los intereses legales previstos en la LLCM. Al respecto señaló:

«[...] pero lo cierto es que el citado pago es absolutamente impropio en cuanto que se realiza el pago quien no tiene derecho alguno al cobro de la citada cantidad, puesto que en virtud del contrato de factoring como se ha dicho reiteradamente, el titular de los créditos no era en modo alguno Esabe Exprés que era la deudora de la Seguridad Social sino por el contrario la entidad Banco Santander, S.A., por tanto el pago no es que se haya producido por desidia sino que se ha realizado el pago a quien no tenía la condición de acreedora de dicha cantidad y por tanto no

puede excluir la aplicación automática de los intereses a que antes se ha hecho referencia».

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

Recurso de casación.

SEGUNDO. - Contrato de factoring sin recurso. Naturaleza y alcance. Eficacia traslativa de la cesión del crédito. Aplicación de la Ley 3/2004, de 29 diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales.

1. La recurrente, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

2. En el primer motivo, denuncia la infracción de los artículos 1160, 1164 y 1165 del Código Civil, de forma que el pago efectuado por Correos a la Seguridad Social sí tuvo efectos liberatorios para la sociedad estatal y hace improcedente la reclamación del Banco de Santander de la misma cantidad que fue abonada a aquella entidad pública.

3. El motivo debe ser desestimado.

Esta Sala ya se ha pronunciado, en varias ocasiones, acerca de la plena eficacia traslativa de la cesión de créditos que opera el contrato de factoring sin recurso. En este sentido, en la sentencia 62/2014, de 25 de febrero, declaramos lo siguiente:

«[...] Recientemente, hemos tenido oportunidad de ratificar que la eficacia traslativa de la cesión de créditos opera no sólo cuando haya sido realizada pro soluto, sino también cuando lo es pro solvendo, de tal forma que incluso en el caso de cesión de créditos en factoring con recurso hemos declarado que el cesionario adquiere plenamente el crédito cedido, pues la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué afectar al efecto traslativo (Sentencia núm. 650/2013, de 6 de noviembre, que cita las anteriores Sentencias núms. 80/2003, de 11 de febrero; 957/2004, de 6 de octubre y 1086/2006, de 6 de noviembre). En el presente caso en que la cesión de créditos se hizo en un factoring sin recurso, es más clara todavía la transmisión plena de la titularidad del crédito. Además, concurre la circunstancia acreditada en la instancia de que esta cesión fue comunicada al dueño de la obra, por lo tanto, al deudor del contratista, diez meses antes de que fuera declarado en concurso y antes de que Ferrosol se dirigiera frente al dueño de la obra reclamándole el crédito en virtud del art. 1597 CC».

En el presente caso, tal y como declara la sentencia de primera instancia, y confirma la sentencia de la Audiencia, los contratos de factoring sin recurso suscritos contemplaban la plena determinación de los elementos esenciales del crédito, así como su régimen de cesión. Por lo que los créditos se cedieron de forma automática con la emisión de las facturas por los servicios prestados a Correos,

tal y como constaba en la leyenda de todas y cada una de las facturas emitidas y se corroboraba con el pago habitual de las mismas. A su vez tampoco hay duda de que dichos contratos de factoring sin recurso y, con ellos, la cesión de los créditos, fue comunicada a Correos con anterioridad a la notificación de las diligencias de embargo por la Tesorería de la Seguridad Social, con lo que los pagos realizados en favor de esta última carecían de efectos liberatorios frente al titular de la cesión operada, esto es, Banesto (ahora Banco de Santander).

4. En el segundo motivo, con carácter subsidiario, la recurrente denuncia la infracción del artículo 6 de la LCCM, de 29 de diciembre de 2004, pues Correos no debía ser condenada a abonar intereses de demora, al no haberse demorado en el pago.

Argumenta que el concepto de responsabilidad encierra un componente subjetivo o intencional que debe ser examinado para saber si concurrió o no en el comportamiento del deudor. En el presente caso, Correos no pagó porque no quiso o tuviera intención de no pagar, sino porque fue requerida por la Tesorería de la Seguridad Social que expresamente le advirtió de que si no pagaba quedaba sujeta a responsabilidad.

5. El motivo debe ser estimado.

La razón de la estimación del motivo radica en que el artículo 6 de la LCCM debe ser interpretado de un modo sistemático y teleológico. En efecto, de acuerdo con la propia finalidad de esta Ley (Preámbulo) y su objeto y ámbito de aplicación (artículos 1 y 3), los supuestos de pago a terceros que constituyen situaciones de controversia, como la del presente caso, no representan supuestos que puedan ser asimilados a la morosidad que es objeto de atención en la citada normativa. Morosidad que se valora respecto del retraso en el pago regular de las deudas dinerarias en las operaciones comerciales realizadas entre las empresas por los contratos suscritos y, por tanto, sin extensión a otros supuestos de distinta índole o justificación».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2223/2014] DE 9 DE MARZO DE 2017 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Protección de los consumidores y usuarios en la contratación de préstamos hipotecarios. - Parámetros fijados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para realizar el control de transparencia. En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o

incumplimiento de la exigencia de transparencia. Y no hay incumplimiento de esta exigencia cuando los contratantes conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la "cláusula suelo".

«1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 14 de julio de 2009, Roque y Agustina concertaron con Caja Rural de Teruel, Sociedad Cooperativa de Crédito (en adelante, Caja Rural), un contrato de préstamo hipotecario por un importe de 270.000 euros. La devolución del préstamo estaba fraccionada en cuotas mensuales, la última de las cuales vencía en el año 2039.

El contrato se instrumentó en escritura pública, autorizada por el notario de Teruel Lorena López-Zuriaga. En la escritura consta, en la cláusula TERCERA. bis, que el interés pactado era la suma del interés de referencia y el diferencial. Y, a continuación, después de la explicación de cómo se identificaba el tipo de interés de referencia, había otra cláusula con el siguiente contenido:

«TERCERA Bis. Dos- LIMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.

» El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios de acuerdo con lo establecido en los párrafos anteriores no podrá ser, en ningún caso superior al 8,00 por ciento nominal anual, ni inferior al 3,00 por ciento anual»

2. Roque y Agustina interpusieron una demanda contra Caja Rural, en la que pidieron la nulidad de la reseñada cláusula Tercera bis. Dos. Alegaron que se trataba de una condición general predispuesta por el banco, en la que había una falta de reciprocidad y equilibrio entre las contraprestaciones, pues limitaba la variabilidad a la baja del interés en beneficio del banco y establecía un techo inalcanzable. También fundaba la nulidad en la falta de información. En los fundamentos de derecho se aludía a la sentencia de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, que había declarado la nulidad de unas cláusulas suelo por falta de transparencia.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda. En sus razonamientos analizó, en primer lugar, la configuración de la cláusula y declaró que había sido redactada en la misma fuente de letra que el resto de las cláusulas y los porcentajes se destacaban en negrita.

En segundo lugar, valoró la prueba practicada y declaró que los prestatarios negociaron la cláusula suelo y que incluso se les entregaron unos cuadros simulados de amortización donde se reflejaba necesariamente la activación de ese mínimo del 3%. Además, el notario les informó de las condiciones del préstamo y, en concreto, de la cláusula suelo. Sobre esta base, y partiendo de la licitud de la cláusula cuestionada, concluyó que la cláusula superaba el control de transparencia y desestimó la demanda.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los demandantes. La Audiencia Provincial de Teruel desestima el recurso y confirma la desestimación de la demanda.

La sentencia de apelación, en primer lugar, deja constancia de la doctrina sentada por la sentencia de esta sala núm. 241/2013 de 9 de mayo, sobre el control de transparencia en relación con cláusulas suelo, y concluye:

«el contenido de las mencionadas resoluciones resulta esencial que el profesional acredite que el consumidor a la hora de haber contratado haya adoptado su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente del alcance y contenido de la cláusula de referencia, lo cual supone haber cumplido con los parámetros de transparencia antes expuestos».

Luego analiza la prueba practicada y advierte que la cláusula cumple «los requisitos de transparencia exigidos para su validez»:

«no se enmascara en el contrato diluyendo la atención del contratante entre otras, sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla».

Después, añade:

«existe(n) en el procedimiento elementos probatorios que revelan que el establecimiento de dicha cláusula fue negociado individualmente entre los actores y la entidad demandada, hasta el punto de que la misma aplicó un "suelo" inferior al tipo usual aplicado por dicha entidad, como así ha sido puesto de manifiesto por la declaración de la persona que negoció el préstamo, por las comunicaciones documentadas entre esta y la entidad matriz al objeto de solicitar autorización para modificar las condiciones contractuales, y por las declaraciones en el acto del juicio de la Notaria autorizante del contrato, que expresamente reconoció la advertencia legal a los contratantes sobre la cláusula de variación del tipo interés».

Y, finalmente, concluye:

«los actores conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida "cláusula suelo", que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía social».

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por los demandantes, sobre la base de un único motivo.

Caja Rural de Teruel, en su escrito de oposición al recurso, objeta que el recurso de casación no respeta los requisitos formales de admisión, en cuanto que se aduce una infracción de la jurisprudencia contenida en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, cuando no existe tal infracción. Este

motivo de oposición está estrechamente relacionado con las razones de fondo que llevarían a desestimar el motivo, razón por la cual debe ser examinado en su momento, y no ahora con carácter previo.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo se funda en la infracción de la jurisprudencia contenida en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, y en concreto, los parámetros fijados por dicha sentencia para realizar el control de transparencia.

En el desarrollo del motivo, mediante un juicio comparativo, se cuestiona que la sentencia recurrida haya seguido los parámetros exigidos por la sala en aquella sentencia para aplicar el control de transparencia.

Para el recurso, los elementos que ha tenido en cuenta la sentencia para declarar la validez de esta cláusula han sido: la cláusula no está «enmascarada» entre una multitud de datos; se aplicó un suelo inferior al que venía aplicando la entidad; hubo comunicaciones entre la persona que tramitó el préstamo a los demandantes y la matriz (comunicaciones internas); y las declaraciones del notario que autorizó la escritura.

Entiende que este juicio no se acomoda a los parámetros establecidos por la sentencia de 9 de mayo de 2013, en el fundamento jurídico 225, según el cual las cláusulas enjuiciadas no eran transparentes porque: i) faltaba información suficientemente clara de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; ii) se insertaba conjuntamente con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; iii) no existía simulación de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; iv) no había información previa, clara y comprensible, sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

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

2. Desestimación del motivo. El recurso se funda en la infracción de la jurisprudencia contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

Esta sentencia 241/2013, de 9 de mayo, recoge la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia aplicada a la cláusula suelo. Doctrina que ha sido corroborada por las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril, y 705/2015, de 23 de diciembre.

Conforme a esta jurisprudencia, el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la

adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente. «[El control de transparencia] como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuerta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (sentencias 406/2012, de 18 de junio , y 241/2013, de 9 de mayo).

3. Esta jurisprudencia se encuadra, en lo que respecta al fundamento y al alcance del control de transparencia, en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), principalmente en la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler) y en las más recientes SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y 26 de enero de 2017 (caso Gutiérrez García).

Para la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (ap. 71), sino que «esa exigencia debe entenderse de manera extensiva» (ap. 72). En el caso al que se refería la STJUE, en que la cláusula controvertida contenía un mecanismo de conversión de la divisa extranjera, el TJUE concluye: «75 (...) la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente se ha de entender como un obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

Por la su parte, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que «el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13» (ap. 49), añade:

«50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que 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 (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44).

»51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular».

La reciente STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus (C-421/14), explicita la consecuencia o efecto de que una determinada cláusula, referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, no pase el control de transparencia:

«62 (...) según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra -cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva-, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 7 de julio de 2015, Bucura, C-348/14 , EU:C:2015:447, apartado 50).

[...]

»67 (...) En caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva (...). 4.

Como venimos entendiendo desde la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato.

La ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados.

Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.

5. En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.

En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia.

6. En el presente supuesto, la Audiencia tuvo en cuenta la citada doctrina jurisprudencial y llevó a cabo el control de transparencia a la vista de la prueba practicada. Las razones vertidas en la sentencia recurrida corroboran que el control de transparencia respetó la jurisprudencia.

Los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas, «sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla».

Se añade, a continuación, que la prueba practicada acredita que la cláusula fue negociada individualmente entre los demandantes y la Caja Rural, como lo muestra que se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad, y que el notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés.

A la vista de lo anterior, la sentencia recurrida concluye que los demandantes «conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida "cláusula suelo", que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial».

7. No cabe variar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin alterar los hechos probados de los que parte, que muestran claramente que el prestatario conocía la existencia y el alcance de la cláusula suelo litigiosa, incluso se afirma que fue negociada individualmente.

La cláusula cumple los requisitos de transparencia exigidos por la sala, en la medida en que, como declaramos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, «la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

Esto es, a la postre, lo verdaderamente relevante. No que en el análisis del control de transparencia la Audiencia tenga que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para poder concluir, en aquel caso, que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia.

De hecho, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, fue objeto de aclaración por auto de 3 de junio de 2013, en este mismo sentido:

«11. El apartado séptimo del fallo, identificó seis motivos diferentes -uno de ellos referido a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas- cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes. »12. A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo».

Este mismo criterio subyace a la argumentación vertida en el auto de 21 de septiembre de 2016 (RC 2456/2914) para la inadmisión de un recurso de casación en el que se pretendía «una revisión de la valoración probatoria efectuada por la Audiencia para ofrecer su propia valoración que llevaría a concluir que la cláusula suelo se configuró sin cumplir el control de transparencia»:

«(L)a valoración efectuada por la sentencia, inatacable a través de este recurso, condujo a concluir lo contrario, esto es, que el prestatario tuvo un conocimiento real del alcance y significación de esta cláusula en el conjunto del contrato, ya que se le explicó el funcionamiento de esta cláusula. De forma que la sentencia dictada, de respetar su base fáctica, no resulta contraria a la doctrina de esta Sala. Y en orden a esta conclusión, tampoco existe una situación de hecho idéntica a la enjuiciada en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, referida a una acción colectiva, que justifique vulneración del principio de igualdad».

Por todo lo razonado hasta ahora, procede desestimar el recurso de casación.

8. En el presente caso, ninguna de las partes ha cuestionado que la cláusula suelo hubiera sido predispuesta por el banco y por lo tanto no negociada. Bajo esta premisa, en la instancia se llevó a cabo el juicio de transparencia y ahora en casación lo que se ha cuestionado es que ese enjuiciamiento respetara la jurisprudencia sobre esta materia. Hemos resuelto, en los apartados anteriores, que el juicio realizado en la instancia sobre la transparencia de la cláusula suelo controvertida se adecúa a nuestra jurisprudencia.

Pero al revisar el razonamiento de la sentencia recurrida no podemos dejar de realizar una aclaración complementaria, para evitar equívocos. La Audiencia, para remarcar el conocimiento que el cliente tenía de la cláusula suelo antes de la firma del contrato, llega a afirmar que «existe(n) en el procedimiento elementos probatorios que revelan que el establecimiento de dicha cláusula fue negociado individualmente entre los actores y la entidad demandada, hasta el punto de que la misma aplicó un "suelo", inferior al tipo usual aplicado por dicha entidad (...)». Si no fuera por el respeto debido a lo que ha sido objeto de debate entre las

partes, este hecho declarado probado por la Audiencia hubiera permitido que nos cuestionáramos en qué medida en este contrato la cláusula suelo no había sido predispuesta por el banco, al haber sido negociada, y si por ello no resultaba de aplicación la normativa y la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas, al quedar en entredicho la propia cualidad de condición general de la contratación de la cláusula litigiosa».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1203/2014] DE 15 DE MARZO DE 2017 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Sociedades de capital. – Sociedad de responsabilidad limitada: Usufructo de participaciones propias. La normativa sobre participaciones propias (autocartera) está dirigida exclusivamente a la plena propiedad de parte del capital por la sociedad, no a la titularidad de otros derechos reales limitados, como el usufructo, salvo que éste atribuya a la sociedad (usufructuaria) el derecho de voto, afectando así al principio organizativo de la sociedad.

«Mediante escritura pública de 8 de noviembre de 1991, D. Benito, Dña. Leocadia, D. Faustino, Dña. Trinidad, D. Claudio, Dña. Carina, D. Marino, Dña. Loreto, Dña. Candelaria, D. Agapito, Dña. Justa y Dña. Clemencia, constituyeron una sociedad limitada, denominada Arrendamientos y Explotaciones Mondarruego S.L. (en lo sucesivo, Mondarruego), con un capital social de treinta millones de pesetas, dividido en treinta mil participaciones sociales de mil pesetas cada una, totalmente suscritas y desembolsadas.

2.- Las participaciones adjudicadas a los hijos (los primos Candelaria y Hipólito, Agapito, Justa, Clemencia, Leonor) lo fueron en nuda propiedad, mientras que sus padres se reservaron el usufructo vitalicio de tales participaciones.

Tras varios negocios jurídicos sobre las participaciones sociales de Mondarruego, la sociedad devino titular del usufructo sobre 4.684 participaciones sociales, que representan un 23,80% del capital social. El resto del capital social corresponde en pleno dominio a sus respectivos titulares, sin que, a la fecha de la demanda, existieran otras participaciones sociales en autocartera.

3.- D. Claudio, Dña. Clemencia, D. Hipólito y Dña. Leonor, interpusieron una demanda contra Mondarruego, en la que solicitaban la amortización del derecho de usufructo que la demandada tiene sobre las participaciones de la propia sociedad. La sociedad se opuso, por considerar que solo existía un derecho real limitado de dominio sobre dichas participaciones y que no era aplicable la normativa sobre el régimen de participaciones propias, así como que los

demandantes actuaban contra sus propios actos, al haber consentido durante varios años dicha situación.

4.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, al aplicar a los derechos de usufructo sobre las participaciones de la sociedad demandada las normas sobre autocartera de la sociedad limitada, singularmente el art. 141 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), que impone la amortización forzosa de las participaciones propias.

5.- La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación formulado por la sociedad demandada. En su argumentación, tomó como base dos sentencias dictadas previamente por la propia Audiencia Provincial en sendos pleitos seguidos entre las mismas partes y sobre cuestiones relacionadas con la que ahora es objeto de litigio (las sentencias de 11 de octubre de 2010 y 12 de septiembre de 2012).

La primera de ellas, en lo que ahora importa, resolvió que mientras durase el usufructo de participaciones a favor de la propia sociedad quedaba en suspenso el derecho de voto correspondiente a las mismas.

La segunda estableció que el acuerdo social de no amortizar el usufructo de las participaciones propias no se ajustaba a lo previsto en la Ley, porque los usufructuarios tenían el derecho de voto, por lo que los interesados podían instar judicialmente en otro procedimiento la amortización y subsiguiente reducción de capital. Esta segunda sentencia, con invocación de las sentencias de esta Sala 889/2004, de 28 de septiembre, y 79/2012, de 1 de marzo, consideró que era contrario a la Ley no amortizar el usufructo sobre participaciones propias mientras la sociedad mantuviera el derecho de voto.

En la sentencia ahora recurrida, la Audiencia Provincial considera que cuando se interpuso la demanda el capital social era completamente titularidad de los socios, sin que la sociedad fuera titular de ninguna participación, ya que la totalidad de sus derechos sobre las propias participaciones se limita al derecho de usufructo sobre participaciones que suponen el 23,80% del capital social. Las aportaciones del capital social han tenido una fuente ajena a la sociedad, que en la actualidad no es titular de participación alguna.

Reconoce que cuando con arreglo al título se escinden también del dominio los derechos políticos y se atribuyen al usufructuario, puede darse una de las situaciones que se protege en la LSC, en cuanto que existe riesgo de instrumentalización de los derechos políticos atribuidos por el derecho de usufructo por parte de los administradores sociales y en perjuicio de las minorías sociales, al defraudarse la real distribución de poder en la sociedad, situación a la que había puesto término la Audiencia Provincial en su sentencia de 11 de octubre de 2010.

Fundada la acción ejercitada en la existencia de autocartera, la Audiencia Provincial considera que la sociedad no tiene la titularidad de parte alguna del capital social, por lo que no concurre ninguna de las situaciones de riesgo que la normativa societaria pretende conjurar con la regulación de las acciones o participaciones propias, sin que, de otra parte, concorra el supuesto de hecho previsto por el art. 141 de la LSC, esto es, que la sociedad haya adquirido participaciones propias. Concluye, pues, que no existe un supuesto de autocartera, sino una situación análoga a la prevista para la autocartera en un concreto aspecto, que ha sido resuelto en otra sentencia previa mediante la aplicación analógica del art. 142 LSC: suspensión del derecho de voto. Razones por las cuales la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y desestima la demanda.

SEGUNDO. - Primer motivo del recurso de casación.

Planteamiento:

1.- El motivo se formula al amparo del art. 477.2. 3º LEC, por contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Denuncia la infracción de los arts. 4, 90 y 91 LSC, 4 y 5 de LSRL y 348, 467 y 609 del CC.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que las aportaciones realizadas por los usufructuarios en el acto de constitución de la sociedad tienen la consideración de participaciones en el capital social, y rebate que el usufructo que posee la sociedad demandada no constituya parte del capital social, como mantiene la sentencia recurrida. Cita para fundamentar el interés casacional las SSTs de 20 de marzo de 2012 y 30 de octubre de 1984, en las cuales se reconoce que los titulares de un derecho de usufructo sobre participaciones sociales participan en el capital social y pueden ejercer, por así disponerlos los estatutos, los derechos que otorgaba el art. 15 LSA a sus titulares legítimos.

Decisión de la Sala:

1.- Como dijimos en la sentencia 256/2015, de 20 de mayo, en el usufructo de participaciones sociales cabe distinguir un doble ámbito de relaciones jurídicas: a) las externas, que se refieren al ejercicio frente a la sociedad de los derechos de socio que, por comprometer el desenvolvimiento de la sociedad, pueden ser reguladas en sus estatutos dentro del margen de autonomía que para ello les confiere la Ley, estableciendo al efecto un régimen que prevalecerá sobre cualesquiera previsiones que pudiera contener al respecto el título constitutivo del usufructo; b) las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario, que estarán sujetas a lo que sobre el particular establezca el título constitutivo o resulte de la legislación que le sea aplicable y que, como algo ajeno a los intereses sociales, queda al margen de la autonomía normativa de los estatutos.

Como veremos, la sentencia recurrida contempla adecuadamente este doble régimen, para concluir que

solamente cabría extender las normas de adquisición de las participaciones propias al usufructo cuando éste atribuya a la sociedad el derecho de voto.

2.- Los recurrentes consideran que el usufructo forma parte del capital social, en contraposición a lo declarado por la Audiencia Provincial sobre que el capital social está totalmente desembolsado y en manos de los socios, sin que la sociedad sea titular de ninguna participación, por lo que no hay autocartera.

3.- Debe compartirse el criterio de la sentencia recurrida de que la normativa sobre participaciones propias (autocartera) está dirigida exclusivamente a la plena propiedad de parte del capital por la sociedad, no a la titularidad de otros derechos reales limitados, como el usufructo, salvo que éste atribuya a la sociedad (usufructuaria) el derecho de voto, y afecta así al principio organizativo de la sociedad.

Desde el punto de vista legal, no cabe duda, por cuanto que el usufructo solamente implica el derecho al dividendo (art. 127.1 LSC) y no atribuye ni titularidad en el capital social, que sigue correspondiendo al nudo propietario («cualidad de socio», según el propio precepto), ni al funcionamiento de los órganos sociales.

Y desde el punto de vista estatutario, podría haber problema si se atribuyeran al usufructuario los derechos políticos, como hacía el art. 7 de los estatutos. Pero dicha cuestión ya fue resuelta por la anterior sentencia de la Audiencia de Zaragoza y actualmente no hay autocartera en el sentido indicado, al estar suspendido el derecho de voto correspondiente a las participaciones propias.

4.- La Audiencia Provincial enjuicia correctamente el caso al partir de las razones por las que la autocartera está tratada con enorme cautela en la legislación societaria. Tales razones, que motivan que la Ley limite o prohíba la adquisición de acciones o participaciones propias por una sociedad de capital, son que dicha adquisición puede atentar contra la función de garantía del capital social, provocar una disminución del activo que disminuya la protección de los terceros y afectar a los intereses de los socios minoritarios frente a los mayoritarios si los administradores actúan como representantes de la parte del capital que posee la sociedad (en este sentido, STS 79/2012, de 1 de marzo).

En el caso de adquisición derivativa, que es la que tuvo lugar en el supuesto litigioso, el art. 140 LSC siempre se refiere a adquisiciones a título de dominio, y no a otros derechos reales sobre las participaciones, como es el usufructo. De ahí que, como concluye la Audiencia Provincial, que la sociedad sea usufructuaria de un porcentaje de sus propias participaciones, sin ostentar los derechos de voto, no constituye propiamente autocartera, ni afecta a la integridad del capital social.

5.- No se comparte la alegación de los recurrentes de que en la constitución de la sociedad demandada las aportaciones

realizadas por los usufructuarios formaran parte del capital social, porque la cualidad de socios correspondía a los nudos propietarios (art. 127.1 LSC) y porque conforme al art. 60 LSC, toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo. Y eso fue lo que sucedió en este caso, puesto que las participaciones sociales fueron adjudicadas a los nudos propietarios, no a los usufructuarios, según consta en la escritura de constitución de Mondarruego, de 8 de noviembre de 1991, sin perjuicio de que en la misma figurase el valor económico de tales derechos de usufructo.

6.- La STS 125/2012, de 25 de marzo, no afirmó que el usufructuario fuera titular del capital social, sino que decidió sobre las facultades que confiere el derecho de usufructo. Y la sentencia de 30 de octubre de 1984 tampoco hace tal afirmación, sino que también se refiere a los derechos de voto y de suscripción preferente del usufructuario, en este caso a su privación por la junta general; es más, parece que en el recurso se confunden las alegaciones de la parte recurrente en dicho recurso, que se contienen en el penúltimo resultando, con la fundamentación jurídica que hace el tribunal, que se contiene en los considerandos, puesto que la sentencia estima el primer motivo de casación y no entra a resolver sobre el motivo cuarto, que era donde se planteaba la misma cuestión que ahora se discute.

7.- Como consecuencia de todo lo expuesto, este primer motivo de casación ha de ser desestimado.

TERCERO. - Segundo motivo de casación.

Planteamiento:

1.- En el segundo motivo se denuncia la infracción de los arts. 467, 480, 609, 1212, 1258 y 1445 CC, 120 y 127 LSC y 29 LSRL.

2.- Al desarrollarlo, se aduce, sintéticamente, que la sociedad demandada Arrendamientos y Explotaciones Mondarruego, S.L., en su condición de compradora del derecho de usufructo, adquirió todos los derechos que tenían los anteriores usufructuarios, por lo que si las aportaciones efectuadas por los vendedores formaban parte del capital social de la compañía, al producirse la transmisión, la participación que ostente la compañía sobre sus propias participaciones, aunque sea en usufructo, formará parte del capital social, de la misma manera que, cuando poseían el usufructo D. Marino y D. Faustino, las aportaciones formaban parte del capital social. Cita como opuestas a la sentencia recurrida las SSTS de 8 de mayo de 1988 y 27 de mayo de 1982.

Decisión de la Sala:

1.- Este segundo motivo vuelve a plantear, bajo otra perspectiva y con la cita de otros preceptos legales, la misma cuestión jurídica antes resuelta, ya que parte de la base de

que el derecho de usufructo constituía parte del capital social de la sociedad demandada.

2.- La solución ha de ser la misma, por las razones ya expuestas. Solo cabe remarcar que la constitución del usufructo no altera su titularidad, puesto que, como ya hemos visto, el art. 127.1 LSC atribuye la cualidad de socio al nudo propietario. Esta atribución es una norma de derecho imperativo que no puede ser alterada estatutariamente, porque lo que puede configurarse estatutariamente es la distribución de derechos entre nudo propietario y usufructuario, pero no la atribución de la titularidad [cualidad de socio] a este último. Los preceptos del Código Civil que se citan como infringidos no contradicen dicha regla. Al contrario, el art. 467 CC, al definir el usufructo, deja claro que se trata de un derecho sobre bienes ajenos (por todas, sentencia de esta sala 38/2008, de 22 de enero).

3.- La sentencia de 8 de mayo de 1988 (rectius, 8 de febrero de 1988, ya que en la cita hay una errata, visto el número de consulta que se da y la copia que se acompaña con el escrito del recurso) se refiere a un caso totalmente diferente, una tercería de dominio, en la que se discutían los efectos traslativos de una compraventa de valores mobiliarios en la que no intervino fedatario público. E igual sucede con la de 27 de mayo de 1982, que se pronunció sobre la obligación de entrega del vendedor en un contrato de compraventa de inmueble.

4.- Lo expuesto conduce a la desestimación del motivo.

CUARTO. - Tercer motivo de casación.

Planteamiento:

1.- En el motivo tercero se denuncia la infracción de los arts. 4, 90, 91, 93 y 127 LSC, 36 LSRL, 68 y 70 LSA y 1255 y 1256 CC, al estimar la parte recurrente que la sociedad demandada, como titular del usufructo de 4684 participaciones sociales de la propia sociedad, tiene la consideración de socio y se le atribuyen todos los derechos que corresponden al socio y, en consecuencia, las mencionadas 4684 participaciones sociales constituyen autocartera.

2.- En su desarrollo alega, resumidamente, que en el art. 8 de los estatutos se atribuyen al usufructuario todos los derechos que corresponden al socio e incluso otros no previstos en el art. 93 LSC, de manera que es al usufructuario a quien se le atribuyen todos los derechos correspondientes al socio, quedando privado el nudo propietario de los derechos más importantes, y, en especial, el de voto. Cita en apoyo de su argumento las SSTs de 30 de octubre de 1984, 5 de noviembre de 1987 y 20 de marzo de 2012.

Decisión de la Sala:

1.- Nuevamente se vuelve a partir de un supuesto no admitido ni por la sentencia recurrida, ni por esta sala, cuál

es que la condición de usufructuario de unas determinadas participaciones sociales conlleve su titularidad. Y se citan como infringidos preceptos legales que no han sido aplicados por la sentencia contra la que se dirige la impugnación, ni se explica en qué medida su inaplicación podría haber dado lugar a una solución diferente.

2.- Es cierto que una atribución indiscriminada y absoluta de todos los derechos del socio al usufructuario lo colocarían en una posición equivalente a la del titular de las participaciones, ya que el nudo propietario lo sería solo formalmente. Pero ello fue tenido en cuenta por la Audiencia Provincial, que consideró que en tales casos la normativa sobre autocartera también resultaría aplicable. Y no tuvo las consecuencias que la parte recurrente pretende, porque la propia Audiencia Provincial establece que tal situación de atribución de todos los derechos al usufructuario quedó sin efecto tras la sentencia del mismo órgano de 11 de octubre de 2010, por lo que concluye:

«[e]l capital social está fuera de la titularidad de la demandada, esta solo posee un derecho de usufructo limitado a las participaciones que importan el 23,80% del capital social, por lo que no se da, una vez neutralizado el riesgo de abuso por parte de la administración social mediante el ejercicio del derecho de voto sobre las participaciones sociales, ninguna de los riesgos que con la normativa sobre acciones propias se trata de proteger existe, sin que de otra parte, se dé el supuesto de hecho previsto por el art. 141 de la LSC existe, esto es que haya adquirido la sociedad participaciones propias. Por lo que no existe el supuesto legal, no se dan los riesgos que la norma trata de evitar y con la sola previsión del art. 142 de la LSC puede hacerse frente al riesgo de abuso en el ejercicio de los derechos sociales».

3.- Las sentencias de esta sala que se citan como infringidas, de 30 de octubre de 1984, 5 de noviembre de 1987 y 20 de marzo de 2012, solo resultarían aplicables si se hubiera mantenido la absoluta atribución al usufructuario de todos los derechos del socio. Pero al no ser ya así, devienen inaplicables al presente caso.

4.- A tenor de lo expuesto, el motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

QUINTO. - Cuarto motivo de casación.

Planteamiento:

1.- En el motivo cuarto se alega la infracción de los arts. 127, 128, 275, 391, 392 y 393 LSC, 36 LSRL, 67, 68 y 70 LSA y 1255 CC.

2.- Aduce, resumidamente, que la sociedad, en su condición de titular del derecho de usufructo sobre 4684 participaciones sociales, tiene derecho a participar en las ganancias sociales y en el caso de liquidación anticipada del usufructo, antes de que se produzca el vencimiento por

muerte del primitivo titular, a participar en la cuota de liquidación; tanto porque así se ha pactado en los estatutos (art. 8 b), como porque así lo dispone el art. 128 LSC. Cita como infringidas las SSTS de 28 de mayo de 1998 y 20 de marzo de 2012.

Decisión de la Sala:

1.- El art. 128.2 LSC establece que: «Disuelta la sociedad durante el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario una parte de la cuota de liquidación equivalente al incremento de valor de las participaciones o acciones usufructuadas previsto en el apartado anterior. El usufructo se extenderá al resto de la cuota de liquidación».

Se trata de una regla de liquidación que determina las relaciones internas entre el usufructuario y el nudo propietario, no entre el usufructuario y la sociedad. Por tanto, en nada contradice lo expresado por la Audiencia Provincial respecto a que el usufructuario no tiene una titularidad del capital social que se traduzca en una hipotética cuota de liquidación. A diferencia de lo que ocurre con el socio, que sí tiene acción para reclamar dicha cuota [arts. 93 a), 392 y 394 LSC], el usufructuario no tiene acción contra la sociedad, sino únicamente contra el nudo propietario (socio) para exigir una parte, a modo de derecho de amortización.

Asimismo, el art. 8 b) de los estatutos en nada contradice lo anterior, puesto que se limita a atribuir al usufructuario el derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el tiempo que dure el usufructo. Es decir, recoge el derecho connatural al usufructo, que es el de percibir los dividendos (arts. 471 CC y 127.1 LSC).

2.- Las sentencias de este Tribunal Supremo que se citan en el motivo no se pronuncian de manera diferente a lo expresado, por lo que no han sido vulneradas por la sentencia recurrida.

3.- Por las razones expuestas, el motivo debe ser desestimado.

SEXTO. - Quinto motivo de casación.

Planteamiento:

1.- En el motivo quinto se alega la infracción de los arts. 4, 90, 91 93, 127, 128, 142, 274, 275 y 317 LSC y 40 y 40 bis LSRL.

2.- En el motivo se arguye que el derecho de usufructo que la sociedad tiene sobre determinadas participaciones propias constituye autocartera y tiene que ser amortizado y aplicadas las mismas normas y reglas previstas para la amortización de la plena propiedad. Reproduce lo dicho en otros motivos respecto de que el usufructuario participa en el capital social y además dada la atribución de derechos que se hace en el art. 8 de los estatutos tiene la condición de socio. Añade que, tanto si se considera el usufructo de las

4.684 participaciones autocartera, como si no, existe obligación de amortizarlo, porque la normativa contenida en los arts. 609 CC y 141 LSC es aplicable no solamente a la plena propiedad, sino también a los demás derechos sobre los bienes. Cita como infringidas las SSTS de 1 de marzo de 2012, 19 de mayo de 1997 y 5 de noviembre de 1987.

Decisión de la Sala:

1.- Este motivo es, en buena medida, un resumen de los anteriores y vuelve a plantear las mismas cuestiones ya resueltas. Hace supuesto de la cuestión, al considerar que el usufructo de la sociedad sobre algunas de sus propias participaciones constituye autocartera y que el usufructo forma parte del capital social. Cuestiones ambas que ya han sido desestimadas.

2.- Respecto a la obligación de amortizar, conforme al art. 141 LSC, que es lo único realmente novedoso del motivo, el precepto no puede ser aplicado aisladamente. La previsión que se contiene en el mismo se refiere a supuestos de autocartera por adquisición derivativa (art. 140 LSC), por lo que negado que en este caso se dé tal situación, no puede aplicarse por sí misma la obligación de amortización que establece el mencionado art. 141.

La afirmación del recurso de que aun cuando se considerase que el usufructo de las 4.684 participaciones sociales no es autocartera, existiría igualmente la obligación de amortizar el usufructo, no tiene base legal.

El usufructo se extinguirá en los supuestos previstos legalmente, en concreto en el art. 513 CC, por lo que, no siendo aplicables las previsiones sobre la autocartera, en tanto que no concorra alguna de las causas de extinción reseñadas en el mencionado precepto del Código Civil, no es obligatorio amortizarlo (en similar sentido, sentencia de esta sala 256/2015, de 20 de mayo). Lo que en nada contradice la jurisprudencia de las sentencias citadas como infringidas.

3.- Lo razonado implica la desestimación del motivo.

SÉPTIMO. - Sexto motivo de casación.

Planteamiento:

En el motivo sexto se denuncia la infracción de los arts. 141 y 317 LSC y 163 LSRL, al considerar que la amortización del usufructo de las 4684 participaciones sociales ha de realizarse de conformidad con lo establecido en los preceptos legales citados.

Decisión de la Sala:

1.- En este último motivo admitido se vuelve a hacer supuesto de la cuestión. El art. 141 LSC no resulta aplicable, porque está previsto únicamente para supuestos de autocartera. Y el 317 LSC, referido a la reducción del capital social, no puede resultar infringido cuando ni siquiera ha sido invocado en la demanda, ni por supuesto, aplicado en la

sentencia recurrida. La mención al art. 163 LSRL debe ser una errata, porque no había tal precepto en dicha Ley.

2.- De conformidad con lo cual, este postrer motivo también debe ser desestimado».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2435/2014] DE 23 DE MARZO DE 2017 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Concurso de acreedores. - Acciones de reintegración: no puede admitirse el ejercicio de una acción rescisoria concursal, que requiere que el acto impugnado haya sido realizado en los dos años anteriores a la declaración del concurso, cuando el acto impugnado se realizó con posterioridad a la declaración de concurso, una vez aprobado el convenio y antes de la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio. Para proteger la integridad de la masa activa una vez declarado el concurso pueden ejercitarse las demás acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho.

«La entidad Induovo S.L. (en lo sucesivo, Induovo) fue declarada en concurso por auto de 23 de enero de 2009. Por sentencia de 29 de marzo de 2010 fue aprobado el convenio. El 2 de abril de 2012 la concursada solicitó la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio, que fue acordada por auto de 11 de abril de 2012.

2.- La administración concursal, una vez abierta la fase de liquidación, presentó una demanda de incidente concursal en la que ejercitó la acción de reintegración que prevé el art. 71.1 de la Ley Concursal. En la demanda solicitaba que se declarara la rescisión, por producir un perjuicio a la masa activa, del acto o negocio formalizado en escritura pública otorgada el 9 de marzo de 2012, de reconocimiento de deuda en favor de Ovo Foods S.A. (en lo sucesivo, Ovo Foods) y constitución de hipoteca mobiliaria para garantizar su pago, así como de la posterior escritura de 12 de abril de 2012, de subsanación y rectificación de la anterior, en la que se modificaron los plazos de pago y se amplió el objeto de la garantía real mobiliaria.

En la escritura de 9 de marzo de 2012, la concursada reconoció adeudar a Ovo Foods la cantidad total de 2.844.806,63 euros como consecuencia de relaciones comerciales preexistentes. Las partes convinieron que la deuda devengaría un interés ordinario del 2 % anual y que el pago se realizaría en un plazo de seis años, con el primer año de carencia, comenzando los pagos el 9 de marzo de 2013 con una periodicidad mensual. En garantía del pago, Induovo constituyó en favor de Ovo Foods un derecho real de hipoteca mobiliaria sobre la maquinaria industrial instalada en su domicilio social.

En la escritura de 12 de abril de 2012, las partes modificaron el plazo para el pago, estipulando que se haría en siete años, y ampliaron el objeto de la garantía incorporando un vehículo, subsanando en lo procedente la escritura anterior.

3.- En la demanda en que ejercitaba la acción rescisoria concursal, la administración concursal alegó que la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca sobre la totalidad de la maquinaria industrial de la concursada, otorgada tres semanas antes de comunicar al juzgado la imposibilidad de cumplir el convenio, generaba un perjuicio para la masa activa por vulneración del principio par condicio creditorum e integraba la presunción de perjuicio iuris tantum establecida en el art. 71.3.2º de la Ley Concursal (constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes). Si bien este acto se había realizado en fase de cumplimiento del convenio, la administración concursal consideró aplicable el art. 71.1 de la Ley Concursal de forma analógica a los actos realizados en el período comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación. El mismo régimen sería aplicable a la segunda escritura, otorgada un día después de la apertura de la liquidación, por conformar un único negocio con la escritura anterior.

La administración concursal solicitó que, previa cancelación de la hipoteca, se reconociera a favor de Ovo Foods un crédito concursal ordinario y contingente por el importe de 1.678.786,81 euros y se excluyera del total de la deuda reconocida en la escritura de 9 de marzo de 2012 dos partidas crediticias, una por importe de 313.705,04 euros y otra por importe de 852.314,78 euros, por falta de acreditación.

En la lista de acreedores actualizada, realizada en aplicación del art. 180 de la Ley Concursal, la administración concursal reconoció a favor de Ovo Foods la totalidad del crédito a que hacía referencia la citada escritura (2.844.806,63 euros), con la calificación de contingente con privilegio especial.

4.- La sentencia dictada por el Juzgado Mercantil consideró procedente la acción de reintegración del art. 71.1 de la Ley Concursal para solicitar la rescisión de los actos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio, por entender que esta apertura de la fase de liquidación supone una nueva declaración de concurso. Apreció el perjuicio para la masa activa y, en consecuencia, acordó el levantamiento de la hipoteca mobiliaria, con reconocimiento a favor de Ovo Foods de un crédito de 1.983.593,36 euros con la calificación de ordinario y contingente, y excluyó la cantidad de 861.213,27 euros, por no estimarla acreditada.

5.- Ovo Foods S.A. interpuso recurso de apelación en el que alegó la imposibilidad del ejercicio de la acción de reintegración del art. 71.1 de la Ley Concursal por no cumplirse el requisito temporal del acto, es decir, que

haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

6.- La Audiencia Provincial estimó este argumento del recurso. Consideró que es presupuesto de la acción de reintegración del art. 71.1 de la Ley Concursal que se trate de un acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, no a la fecha de la apertura de la liquidación. La apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio no es jurídica o técnicamente una «nueva declaración de concurso», sino un supuesto de apertura de la liquidación de un concurso que ya fue declarado y que no concluyó con la aprobación del convenio, por más que desde ese momento hubieran cesado temporalmente los efectos del concurso y el deudor pueda desenvolverse sin limitaciones, salvo las que le imponga el convenio.

Con respecto a los actos realizados por el deudor en el período comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación, no hay propiamente una laguna legal que deba ser integrada mediante la aplicación analógica del art. 71.1 de la Ley Concursal. Tales actos podrán ser objeto de las acciones de impugnación previstas en el régimen general o común, a las que expresamente alude el apartado 7 (actualmente, 6) del art. 71 de la Ley Concursal, o en su caso, del tratamiento y efectos que resulten procedentes en la sección de calificación.

La Audiencia Provincial concluyó que el acto impugnado, conformado por las dos escrituras, debía quedar excluido del ámbito de la acción de reintegración del art. 71.1 de la Ley Concursal, por lo que estimó el recurso y desestimó la demanda.

7.- La administración concursal de Induovo ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que ha sido admitido.

SEGUNDO. - Formalización del motivo del recurso

1.- El epígrafe que encabeza el único motivo del recurso es el siguiente:

«[...] infracción de normas aplicables y de la jurisprudencia que las interpreta, a las cuestiones del proceso que establece el art. 477.1 LEC. En concreto con respecto a la inaplicación del art. 71.1 LC (puesto en relación con el resto de normas que se contienen en el Título III de la Ley Concursal además de los arts. 145, 147, 179 y 180 LC) al período comprendido entre la aprobación de un convenio alcanzado con los acreedores en el marco de un procedimiento concursal y la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del mismo. Subsidiariamente, la inaplicación del art. 4.2 CC en cuanto a la integración por analogía respecto a la eventual laguna legal apreciada en cuanto a las acciones de reintegración y/o rescisión en el mencionado período dentro del proceso concursal».

2.- En el desarrollo del motivo, la administración concursal sostiene que la Audiencia Provincial comete una infracción legal al negar que pueda ejercitarse la acción de reintegración concursal del art. 71 de la Ley Concursal respecto de actos perjudiciales para la masa realizados en el período comprendido entre la sentencia de aprobación del convenio y la apertura de la fase de liquidación a solicitud del deudor que comunique la imposibilidad de cumplir el convenio.

Como argumento principal, se alega en el recurso que la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del deudor tiene efectos equiparables a una nueva declaración de concurso y, en todo caso, a la reapertura prevista en el art. 179 de la Ley Concursal.

Como argumento subsidiario, la administración concursal considera que existiría una laguna legal que habría de colmarse mediante la aplicación analógica del art. 71.1 de la Ley Concursal para defender el patrimonio del concursado y la par condicio creditorum, pues se trata de actos perjudiciales realizados en un período en el que la administración concursal tenía cesadas sus funciones de intervención en el patrimonio del deudor, por lo que se da la identidad de razón con los actos perjudiciales realizados antes de la declaración de concurso.

TERCERO. - Decisión de la sala. La impugnación de los actos perjudiciales realizados en fase de cumplimiento del convenio

1.- El art. 142.2 de la Ley Concursal impone al deudor concursado la obligación de pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez debe dictar auto abriendo la fase de liquidación.

En tal caso, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del art. 145.1 de la Ley Concursal, el juez del concurso repondrá en su cargo a los administradores que cesaron por la aprobación del convenio o nombrará otros.

Asimismo, el art. 147 de la Ley Concursal prevé que durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo.

Entre estas normas están las del capítulo IV, «de los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», arts. 71 a 73, que regulan las acciones de reintegración.

Estas acciones son tanto la acción rescisoria concursal de los cinco primeros apartados del art. 71 como «otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho», esto es, las que proceden con carácter general en una situación no concursal, tal como prevé el vigente apartado 6 de dicho artículo. Para el ejercicio de todas estas acciones, la legitimación viene regulada en el art. 72, y corresponde a los administradores concursales, con carácter principal, y a

los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, con carácter subsidiario para el caso de que la administración concursal no la ejercite.

Por último, los efectos de la rescisión concursal son los previstos en el art. 73 de la Ley Concursal (resumidamente, la ineficacia del acto, la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses, y la consideración como crédito contra la masa de la prestación que resulte a favor de un demandado, salvo que se aprecie su mala fe, en cuyo caso tendrá la consideración de crédito subordinado).

2.- No puede considerarse que exista una laguna legal en cuanto a la posibilidad de impugnación de los actos perjudiciales para la masa realizados en el periodo comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento. La remisión que el art. 147 de la Ley Concursal hace al título en que se regulan los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa permite que una vez abierta la fase de liquidación, los administradores concursales ejerciten algunas de las acciones previstas en el art. 71 de la Ley Concursal, esto es, la acción rescisoria concursal, la acción rescisoria ordinaria (acción pauliana) o alguna otra acción dirigida a declarar la ineficacia del acto. Pero el ejercicio de estas acciones debe acomodarse a sus respectivos presupuestos y requisitos. En el caso de la acción rescisoria concursal, conforme al art. 71.1 LC, solo puede instarse respecto de actos de disposición anteriores a la declaración del concurso. Mientras que el resto de las acciones no tienen esta limitación temporal, aunque sí otras derivadas de los plazos de caducidad y prescripción para su ejercicio.

3.- Teniendo en cuenta lo anterior, la administración concursal pudo ejercitar la acción rescisoria ordinaria si consideró que el reconocimiento de deuda con constitución de garantía real mobiliaria, en favor de un concreto acreedor concursal y en perjuicio del resto de los acreedores concursales, constituía un acto perjudicial para la masa realizado en fraude de acreedores. O pudo ejercitar una acción de nulidad por ilicitud de la causa si consideró que ambas partes habían realizado el negocio de disposición con el común propósito de defraudar a los acreedores y sustraer del alcance de estos una parte sustancial de los bienes con los que debía cumplirse el convenio o, de abrirse la fase de liquidación, servir para satisfacer sus créditos.

Pero no puede estimarse una acción rescisoria concursal como la ejercitada en este caso, que requiere que el acto impugnado haya sido realizado en los dos años anteriores a la declaración del concurso, porque no se cumple dicho requisito, puesto que el acto impugnado se realizó con posterioridad a la declaración de concurso, una vez aprobado el convenio y antes de la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio.

4.- Que la Ley Concursal no prevea el ejercicio de la acción rescisoria concursal para los actos realizados en la fase de cumplimiento de convenio en caso de posterior apertura de la fase de liquidación (a solicitud del propio deudor que no puede cumplir el convenio, art. 142.2 de la Ley Concursal, o porque algún acreedor solicite la declaración de incumplimiento y así se declare por el juez del concurso, art. 140 de la Ley Concursal) se explica porque los medios ordinarios previstos en la legislación con carácter general, a los que hace referencia el art. 71.6 de la Ley Concursal, son suficientes para proteger la integridad de la masa activa y la par condicio creditorum en esta situación y obtener la ineficacia de los actos de disposición realizados en fraude de los acreedores y que, además, pueden impedir el cumplimiento del propio convenio y la satisfacción de los créditos de los acreedores en la fase de liquidación que se abra.

5.- En efecto, la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión ha puesto de relieve que los pagos anticipados realizados en fase de cumplimiento de convenio pueden ser impugnados al amparo del art. 1292 del Código Civil. En los negocios a título gratuito realizados en esta situación, el fraude se presumiría por aplicación de lo dispuesto en el art. 1297 del Código Civil.

Respecto de otros actos de disposición, la insolvencia del deudor que resulta de la existencia de un concurso justifica el cumplimiento del requisito del carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1294 del Código Civil) y permite tener en consideración la alteración injustificada de la par condicio creditorum como justificación de la rescisión, por aplicación de la doctrina de la sentencia de esta sala 855/2007, de 24 de julio, aplicada a sensu contrario.

Por último, en los casos más graves, cuando el acto de disposición haya respondido al propósito común de defraudar a los acreedores, puede fundar una acción de nulidad contractual por ilicitud de la causa (sentencia 575/2015, de 3 de noviembre). Y si el negocio de disposición por el que el bien ha salido de la masa activa es en realidad una simulación para impedir que con ese bien pueda cumplirse el convenio o satisfacer los créditos cuando se abra la fase de liquidación por incumplimiento del convenio, también puede ejercitarse la correspondiente acción de nulidad absoluta (sentencia 265/2013, de 24 de abril).

6.- En estos casos, cuando se abre la fase de liquidación, es lógico que la legitimación para el ejercicio de estas acciones se rija por lo previsto en el art. 72 de la Ley Concursal, puesto que lo obtenido debe servir para integrar la masa activa, en beneficio de todos los acreedores, y porque los acreedores defraudados con los actos de disposición impugnados son todos los acreedores concursales afectados por el convenio finalmente incumplido y, en su caso, los titulares de créditos surgidos durante la vigencia del convenio, que tienen la consideración de créditos contra la masa tras la

reforma del art. 84 de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

7.- En conclusión, ni por vía interpretativa ni por vía analógica puede aceptarse que quepa ejercitar la acción rescisoria concursal frente a actos realizados en un momento temporal distinto del expresamente previsto en el art. 71.1 de la Ley Concursal y, en concreto, que pueda ejercitarse cuando se abre la fase de liquidación por incumplimiento del convenio».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AUTO DE LA SECCIÓN 4ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA [Recurso 2/2017] DE 10 DE MARZO DE 2017 [Ponente: Edmundo Rodríguez Achutegui]

Concurso de acreedores. – Competencia para declarar el concurso: un empresario que haya cesado en su actividad puede solicitar la declaración de concurso voluntario y la competencia corresponderá al juzgado de lo mercantil.

«Se recurre el auto del Juzgado de 1ª Instancia que niega su competencia objetiva para conocer de la solicitud de concurso voluntario del apelante, que tuvo un establecimiento de venta de productos informáticos que ha cerrado. Antes también lo había intentado infructuosamente ante el Juzgado de lo Mercantil, que rechazó su competencia sin que su decisión fuera recurrida.

14.- Los términos del auto recurrido deben precisarse porque los mismos denotan que la solicitud se formula "frente" al BBVA cuando, con toda claridad, el deudor reclama ser declarado en concurso voluntario. Lo que hace, mediante otrosí, es solicitar cierta documental a tal entidad que reconoce como acreedora. Pero esta circunstancia no convierte en litigante a dicha entidad, por lo que debe quedar establecido que la solicitud no es contra nadie, sino que reclama ser declarado en estado de insolvencia, con los beneficios y consecuencias que ello acarrea.

15.- La segunda cuestión que debe precisarse es que el concurso exige una pluralidad de acreedores como dijimos en AAP Bizkaia, Secc. 4ª, 5 mayo 2006, rec. 94/2005. Tal requisito parece deducirse de los términos de la solicitud, aunque no se haya acompañado la relación a que se refiere el art. 6.2.4º LC, ni algún otro documento de los que dispone la norma.

16.- La referencia que hace la solicitud a la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, debe entenderse realizada a la reforma de la Ley Concursal en lo que atañe al mecanismo de la segunda oportunidad, que es consecuencia del concurso de las personas que recoge. Por tanto, hay que estar a la regulación de esta última norma,

con las previsiones específicas para quienes se encuentran en la situación del solicitante.

SEGUNDO. - Sobre las razones de la falta de competencia

17.- El auto recurrido motiva por extensa remisión al AAP Madrid, Secc. 28ª, 16 septiembre 2016, rec 266/2016.

En síntesis, tal resolución sostiene que, si las deudas que se han generado por una persona física lo fueron en su condición de empresario, la competencia para tramitar el concurso de quien ha dejado de serlo es del Juzgado de lo Mercantil.

18.- La recurrente discute esa tesis apoyándose, en primer lugar, en lo dispuesto en los arts. 85.6 LOPJ. Tal norma dispone la competencia de los Juzgados de Primera Instancia "De los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora". Se trata, por tanto, de una delimitación subjetiva, por la condición de quien pueda ser declarado en insolvencia, bien a solicitud de acreedor en un concurso necesario, bien del propio interesado, como acontece en este caso.

19.- Como el art. 86 ter.1 LOPJ atribuye toda la materia concursal al Juzgado de lo Mercantil, excepto lo previsto en el art. 85.6 LOPJ, la condición de empresario es sustancial para determinar la competencia del órgano especializado o general del orden jurisdiccional civil.

20.- También esgrime el recurrente el art. 45.2.b LEC, que atribuye al conocimiento de los Juzgados de Primera Instancia "De los concursos de persona natural que no sea empresario". De nuevo la condición de empresario resulta esencial para determinar la atribución de la competencia.

TERCERO. - De la condición de empresario

21.- En el ámbito concursal sólo aparece la definición de empresario en sede de Acuerdo Extrajudicial de Pagos (Título X de la Ley Concursal). En el art. 231.1 LC se dispone en su párrafo segundo que "A los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos".

22.- La legislación mercantil a que alude el art. 231.1 LC es el Código de Comercio (CCom), cuyo primer artículo considera "comerciantes", y por lo tanto hoy en día "empresarios", a "1º.- Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente". Como el art 4 CCom dispone que "Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes", nuestro ordenamiento jurídico otorga una amplísima libertad para ostentar la condición de empresario, que no precisa inscripción en registro alguno, aunque haya de realizarse

declaración censal a efectos tributarios o cotizar al RETA. Incluso menores y discapaces pueden ser empresarios, vistos los términos del art. 5 CCom.

23.- A efectos de solicitar concurso ha de reputarse empresario, por tanto, quien ejerce el comercio o actividad empresarial (mediante establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil dice el art 3 CCom), quien disponga la legislación de la Seguridad Social a través del art 138 del RDL 8/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, los trabajadores autónomos, incluso económicamente dependientes conforme a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo. Y aunque el art. 231.1 LC no lo mencione, debiera incluirse en el concepto de empresario el Emprendedor de Responsabilidad Limitada a que alude el art. 3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que también cotiza a la Seguridad Social a través del RETA, y los supuestos que regula la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. En tal sentido, el AAP Alicante, Secc.ª, 11 noviembre 2016, rec. 156/2016.

CUARTO. - Sobre la pérdida de la condición de empresario

24.- El solicitante del concurso era empresario, porque tenía abierto un establecimiento que realizaba operaciones mercantiles (art. 3 CCom), y estaba dado de alta en el RETA (art. 231.1 LC). Pero como explica con absoluta claridad en su petición, cerró el negocio de venta de productos informáticos, ante su inviabilidad económica, y solicitó la baja en el RETA, como acredita documentalmente, en tanto suponía un coste mensual que no podía atender. Surge entonces la duda de si, ante tal situación, se ha perdido la condición de empresario, lo que influiría en la competencia del órgano judicial encargado de tramitar el concurso.

25.- Como señala el auto recurrido, el AAP Madrid, Secc. 28ª, 16 septiembre 2016, rec. 266/2016, explica que la pérdida de la condición de empresario no altera la naturaleza de las deudas que padece, originadas por su actividad empresarial. En el § 10 iv de tal resolución se expone cómo es relevante tal origen para calificar los créditos, ejercitar acciones de reintegración, eventuales acuerdos de refinanciación, o para calificar el cumplimiento o incumplimiento de los deberes propios de cualquier empresario en la sección de calificación.

26.- El aspecto señalado ha sido reconocido también por AAP Córdoba, Secc. 1ª, 1 diciembre 2016, rec. 1235/2016, por lo que ya hay varios tribunales que entienden que la pérdida de la condición formal de empresario no afecta a la competencia, que continúa correspondiendo a los Juzgados de lo Mercantil.

27.- Ese parecer se comparte, porque la posibilidad de cierre del negocio está contemplada en los arts. 44.4 y 142.3 LC, sin que ello desnaturalice el concurso. Que no haya actividad es una situación que el deudor puede confesar al realizar la solicitud de concurso voluntario (arts. 21.1. 1º LC), pidiendo inmediata liquidación (art. 142.1 LC). En definitiva, un empresario que haya cesado en su actividad puede solicitar la declaración de concurso voluntario.

28.- En este caso es cierto que formalmente el solicitante ha cesado en su condición de empresario, porque ya no está Inscrito en el RETA. Explica que lo ha hecho porque su precaria situación (acreditada por la percepción de la Renta de Garantía de Ingresos), le ha conducido a una decisión absolutamente coherente y sensata; dejar de cotizar mensualmente en el régimen citado. Pero que haya decidido dejar de cotizar no supone que su condición de empresario desaparezca, ni que sus deudas no tengan origen empresarial.

29.- Lo que concluimos, por ello, es que los arts. 85.6 LOPJ , 45.2.b LEC y 231.1 LC se refieren a quien sea o haya sido empresario pues la salida a una insolvencia empresarial, por las razones apuntadas en §20, debe ser afrontada en el Juzgado de lo Mercantil, especializado en el conocimiento de esta clase de asuntos. En definitiva, los Juzgados de lo Mercantil son competentes para conocer del concurso de personas físicas que sean o hayan sido empresarios.

30.- Tal conclusión supone desestimar las alegaciones del recurso, puesto que el Juzgado de 1ª Instancia resuelve correctamente atendidos los argumentos expuestos. La solicitud tiene que plantearse ante el Juzgado de lo Mercantil, porque el Sr. Baldomero tenía un establecimiento abierto al público conforme al art. 3 CCom, estaba obligado a cumplir con las obligaciones propias de su condición de comerciante, ha cotizado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, por remisión de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, al menos mientras el negocio permaneció abierto, y por lo tanto cumple con los requisitos subjetivos que disponen los citados arts. 85.6 LOPJ , 45.2.b LEC y 231.1 LC , aunque el negocio haya cesado su actividad y él dejado de cotizar al citado RETA.

31.- La desestimación del recurso debe verificarse aclarando que puesto la competencia corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, que haya habido un previo pronunciamiento revestido de cosa juzgada formal conforme al art, 207 LEC, por no recurrirse, no impide volver a plantear la solicitud cumpliendo las exigencias legales sobre las que se advertía en §10 y los requisitos que dispone para la solicitud el art. 6 LC».