

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 74

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

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA [Asunto C-300/16] DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2017

Convenios de acreedores y Administración pública. Los requisitos que debe reunir una medida para incluirla en el concepto de «ayuda» del Estado son: en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, la intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. En tercer lugar, la medida debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario. En cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia. Cuando un acreedor público otorga facilidades de pago de una deuda a cargo de una empresa, la apreciación de la «ayuda» se realiza utilizando el criterio del acreedor privado. En este sentido, incumbe a la Comisión solicitar al Estado miembro interesado que le proporcione toda la información pertinente que le permita comprobar si concurren las condiciones de aplicación de ese criterio. En cuanto al alcance de la obligación de investigar que incumbe a la Comisión cuando lleva a cabo apreciaciones relativas al criterio del acreedor privado: por un lado, es pertinente toda información que pudiera influir de forma apreciable en el proceso decisorio de un acreedor privado, al que debe considerarse normalmente prudente y diligente, que se hallara en una situación lo más semejante posible a la del acreedor público y que tratara de obtener el pago de las cantidades que le adeudase un deudor que se encontrara en dificultades; por otro lado, sólo son pertinentes para la aplicación del criterio del acreedor privado los datos disponibles y la evolución previsible al tiempo de la adopción de la decisión de realizar la inversión.

«En la Decisión [controvertida], la Comisión estimó, en particular, que era necesario examinar la cuestión de si, en esencia, al aceptar la propuesta de convenio y, en consecuencia, consentir en una reducción del 65 % de su crédito, la autoridad fiscal local se había comportado con [Frucona Košice] como un acreedor privado en una economía de mercado. A este respecto, precisó que la posición de dicha autoridad como acreedor de [Frucona Košice] era inusualmente fuerte puesto que se hallaba en una situación jurídica y económica más favorable que los acreedores privados de [Frucona Košice]. En efecto, la

autoridad fiscal local era titular del 99 % de los créditos registrados y era un acreedor distinto cuyos créditos podían satisfacerse en todo momento durante el procedimiento de liquidación judicial gracias a la venta de los activos asegurados (considerando 80 de la Decisión [controvertida]).

En primer lugar, en lo que atañe al criterio del acreedor privado, la Comisión observó, en particular, que la aplicabilidad de este criterio dependía de que el Estado miembro interesado concediera, pero no en calidad de poder público, una ventaja económica a una empresa y afirmó que si un Estado miembro invocaba ese criterio en el procedimiento administrativo, le incumbía, en caso de duda, acreditar inequívocamente y en virtud de factores objetivos y verificables que la medida ejecutada correspondía a su calidad de operador privado en una economía de mercado. A este respecto, se refirió a la sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF (C 124/10 P, Rec, EU:C:2012:318, apartados 81 a 85) (considerando 82 de la Decisión [controvertida]).

En el considerando 83 de la Decisión [controvertida], la Comisión afirmó lo siguiente:

“En resumen, la República Eslovaca sostiene que, en su opinión, la medida constituye ayuda estatal. La República Eslovaca reconoció que, en el momento del convenio, la cuestión de la ayuda estatal simplemente no se contempló y solicitó que la medida controvertida sea tratada como ayuda de salvamento. Por tanto, parece que los requisitos de la jurisprudencia mencionada no se han cumplido en el presente asunto y la medida controvertida constituye ayuda estatal a tenor del artículo 107 [TFUE], apartado 1, [...]”

En segundo lugar, tras observar en el considerando 84 de la Decisión [controvertida] que, «[era Frucona Košice] quien había alegado] que la medida [estaba] libre de ayuda y [había presentado] la documentación descrita anteriormente, en especial los informes de dos auditores», la Comisión verificó si la República Eslovaca se había comportado como un acreedor privado en lo que respecta a [Frucona Košice].

A tal efecto, la Comisión, en primer término, comparó, a la luz de las pruebas aportadas por [Frucona Košice], los procedimientos de convenio de acreedores y de liquidación judicial (considerandos 88 a 119 de la Decisión [controvertida]), en segundo término, comparó los procedimientos de convenio de acreedores y de ejecución

fiscal (considerandos 120 a 127 de la Decisión [controvertida]) y, en tercer término, apreció las demás pruebas aportadas por las autoridades eslovacas y [Frucona Košice] (considerandos 128 a 138 de la Decisión [controvertida]). En esencia, la Comisión estimó que tanto el procedimiento de liquidación judicial como el de ejecución fiscal eran, desde el punto de vista de la administración fiscal local, alternativas más ventajosas que la propuesta de convenio de acreedores (considerandos 119, 124 y 127 de la Decisión [controvertida]).

La Comisión concluyó, en el considerando 139 de la Decisión [controvertida], que no se había respetado el criterio del acreedor privado y que la República Eslovaca había concedido a [Frucona Košice] una ventaja que no habría podido obtener en condiciones de mercado. En el considerando 140 de la referida Decisión, concluyó que la condonación de la deuda aprobada por la autoridad fiscal local en el marco del convenio de acreedores constituía una ayuda de Estado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107 TFUE, apartado 1. Por último, en el considerando 182 de esta misma Decisión, la Comisión concluyó que esta ayuda de Estado no era compatible con el mercado interior.

La parte dispositiva de la Decisión [controvertida] comprende cinco artículos.

En virtud del artículo 1 de la Decisión [controvertida], “queda derogada la Decisión [inicial]” (...).

En el artículo 2 de la Decisión [controvertida] se declara que la ayuda de Estado que la República Eslovaca había concedido a [Frucona Košice], por un total de 416 515 990 SKK [(aproximadamente 13 900 000 euros)], es incompatible con el mercado interior.

En el artículo 3 de la Decisión [controvertida], la Comisión ordena a la República Eslovaca la recuperación de la ayuda controvertida, concedida ilegalmente a la [Frucona Košice], más los intereses de demora. [...] »

Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida:

Mediante escrito de demanda presentado ante la Secretaría del Tribunal General el 17 de febrero de 2014, Frucona Košice interpuso un recurso solicitando la anulación de la Decisión controvertida.

En apoyo de su recurso alegaba cuatro motivos, basado, el primero, en la vulneración del derecho de defensa, el segundo, en la comisión de un error de Derecho en el considerando 83 de la Decisión controvertida, el tercero, en que la conclusión según la cual el procedimiento de liquidación judicial era más ventajoso que el procedimiento de convenio de acreedores adolecía de errores de hecho y de Derecho y, el cuarto, en que la conclusión de que el procedimiento de ejecución fiscal era más ventajoso que el

procedimiento de convenio de acreedores adolecía de errores de hecho y de Derecho.

En la sentencia recurrida el Tribunal General desestimó los motivos primero y segundo del recurso y estimó los motivos tercero y cuarto. En consecuencia, anuló la Decisión controvertida y condenó en costas a la Comisión.

Pretensiones de las partes:

La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida.
 - Con carácter principal, desestime el recurso interpuesto en primera instancia por Frucona Košice y condene a ésta en costas.
 - Con carácter subsidiario, devuelva el asunto al Tribunal General y reserve la decisión sobre las costas.
- Frucona Košice solicita al Tribunal de Justicia que:
- Desestime el recurso de casación.
 - Condene en costas a la Comisión.

Sobre el recurso de casación:

En apoyo de su recurso de casación la Comisión invoca seis motivos basados, el primero, en que la Decisión controvertida se interpretó erróneamente, el segundo y el cuarto, en la incorrecta aplicación de los requisitos para la aplicación del criterio del acreedor privado, el tercero, en la falta de comprensión de los principios de fuerza de cosa juzgada y de ne ultra petita, el quinto, en la incorrecta aplicación del criterio del acreedor privado, y el sexto, en la inobservancia de los límites de su obligación de proceder a una investigación diligente e imparcial.

Procede examinar, en primer lugar, los motivos de casación segundo y cuarto, en segundo lugar, el primer motivo de casación, en tercer lugar, el tercero, y por último, los motivos de casación quinto y sexto.

Sobre los motivos de casación segundo y cuarto, relativos a la aplicabilidad del criterio de acreedor privado. Alegaciones de las partes:

Mediante su segundo motivo de casación, la Comisión aduce que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al considerar, en los apartados 109 a 118 de la sentencia recurrida, que el beneficiario de la ayuda puede invocar válidamente el criterio del acreedor privado.

Según la Comisión, este criterio se refiere al punto de vista subjetivo del organismo público en el momento en que adoptó la decisión de adoptar la medida en cuestión. Afirma que, por consiguiente, por un lado, la decisión de revelar o no cuales eran sus intenciones en ese momento es un derecho subjetivo del Estado miembro interesado, por lo que un tercero no puede invocarlo. Por otro lado, dicho Estado miembro es el único que dispone de toda la información pertinente en la que basó su punto de vista cuando adoptó la decisión de adoptar la medida controvertida. Por tanto, a juicio de la Comisión, es dicho

Estado miembro quien ha de invocar el criterio del acreedor privado y aportar los datos necesarios.

La Comisión sostiene que, en el caso de autos, tal y como se desprende de los considerandos 128 a 132 de la Decisión controvertida, la Comisión disponía de elementos que demostraban que la postura de la República Eslovaca era clara y coherente, tanto en lo que respecta a la respuesta dada a la denuncia como al momento mismo de la aprobación del convenio de acreedores, ya que dicho Estado miembro siempre indicó que, a su parecer, se trataba de una ayuda de Estado.

La Comisión añade que, si bien a su parecer era correcto considerar que el beneficiario de la ayuda puede invocar el criterio del acreedor privado, el Tribunal General incurrió en error de Derecho al no exigir a Frucona Košice que demostrase, como han de hacer los Estados miembros, de manera inequívoca y sobre la base de elementos objetivos y verificables, que la medida aplicada correspondía a la condición de acreedor privado de dicho Estado miembro.

Mediante su cuarto motivo de casación, la Comisión aduce que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al declarar, en el apartado 247 de la sentencia recurrida, que la Comisión no puede distinguir, para la aplicabilidad del criterio del acreedor privado, en función de las distintas alternativas a la medida controvertida.

Afirma que, dado que la aplicación del criterio del acreedor privado se basa en los elementos aportados para determinar su aplicabilidad, el error del Tribunal General reside en su consideración de que la aplicación de dicho criterio es un ejercicio abstracto con el que se pretende reconstituir de oficio el comportamiento del hipotético acreedor privado ideal, racional y plenamente informado.

En consecuencia, dado que, según la Comisión, resulta evidente que no se ha aportado al acreedor público ninguna información acerca de una conducta específica, toda comparación entre el comportamiento de dicha entidad y un acreedor privado que se halle en una situación similar carece de sentido. Así pues, considera que dicho criterio resulta inaplicable en el caso de autos.

La Comisión señala que se ha acreditado que en el caso de autos no se llevó a cabo en su momento ninguna comparación entre la propuesta de convenio de acreedores y el procedimiento de ejecución fiscal a efectos del criterio del acreedor privado. Por consiguiente, a su parecer, el Tribunal General debería haberse pronunciado acerca de la cuestión de si el considerando 120 de la decisión impugnada contenía de hecho una conclusión implícita según la cual el criterio del acreedor privado no era aplicable.

Frucona Košice afirma que las alegaciones de la Comisión carecen de fundamento.

Apreciación del Tribunal de Justicia:

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la calificación de «ayuda» de Estado, en el sentido del artículo

107 TFUE, apartado 1, requiere el cumplimiento de todos los requisitos previstos en dicha disposición. Así, en primer lugar debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, la intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. En tercer lugar, la medida debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario. En cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia (sentencias de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck, C 524/14 P, EU:C:2016:971, apartado 40, y de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group, S.A. y otros, C 20/15 P y C 21/15 P, EU:C:2016:981, apartado 53).

El concepto de «ayuda» comprende no sólo prestaciones positivas como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos (sentencia de 21 de marzo de 2013, Comisión/Buczek Automotive, C 405/11 P, no publicada, EU:C:2013:186, apartado 30).

No obstante, los requisitos que debe reunir una medida para incluirla en el concepto de «ayuda» en el sentido del artículo 107 TFUE no concurren si la empresa pública beneficiaria podía obtener la misma ventaja que se puso a su disposición mediante recursos del Estado en circunstancias que correspondan a las condiciones normales del mercado (sentencia de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión, C 73/11 P, EU:C:2013:32, apartado 70 y jurisprudencia citada).

Esta apreciación se realiza, cuando un acreedor público otorga facilidades de pago de una deuda a cargo de una empresa, aplicando, en principio, el criterio del acreedor privado (sentencia de 21 de marzo de 2013, Comisión/Buczek Automotive, C 405/11 P, no publicada, EU:C:2013:186, apartado 32).

Pues bien, el criterio del acreedor privado no constituye una excepción que sólo se aplique a instancia de un Estado miembro cuando concurren los factores integrantes del concepto de ayuda de Estado incompatible con el mercado interior enunciado en el artículo 107 TFUE, apartado 1. En efecto, ese criterio, cuando es aplicable, forma parte de los aspectos que la Comisión está obligada a considerar para determinar la existencia de una ayuda (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, C 124/10 P, EU:C:2012:318, apartado 103, y de 21 de marzo de 2013, Comisión/Buczek Automotive, C 405/11 P, no publicada, EU:C:2013:186, apartado 32).

Por consiguiente, cuando se advierte que el criterio del acreedor privado puede ser aplicable, incumbe a la Comisión solicitar al Estado miembro interesado que le proporcione toda la información pertinente que le permita comprobar si concurren las condiciones de aplicación de ese criterio (sentencia de 21 de marzo de 2013, Comisión/Buczek

Automotive, C 405/11 P, no publicada, EU:C:2013:186, apartado 33).

En primer lugar, de esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que cuando se advierte que el criterio del acreedor privado puede ser aplicable, incumbe a la Comisión examinar este supuesto con independencia de las peticiones formuladas en este sentido.

Por consiguiente, tal y como señaló el Abogado General en los puntos 72 y 76 de sus conclusiones, por un lado, nada se opone a que el beneficiario de la ayuda pueda invocar la aplicabilidad de dicho criterio y, por otro lado, si invoca dicho criterio, incumbe a la Comisión examinar su aplicabilidad, y, en su caso, su aplicación.

En segundo lugar, en lo que respecta a la pertinencia del punto de vista subjetivo del Estado miembro, procede subrayar que, tal y como observó el Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, para determinar si debe aplicarse el criterio del operador privado procede tomar como punto de partida la naturaleza económica de la actuación del Estado miembro, no el modo en el que, desde un punto de vista subjetivo, ese Estado consideraba que estaba actuando o qué conductas alternativas había sopesado antes de adoptar la medida en cuestión.

En todo caso, el criterio del acreedor privado tiene como finalidad examinar si es manifiesto que la empresa beneficiaria no hubiera obtenido facilidades comparables de un acreedor privado que se hallara en una situación lo más semejante posible a la del acreedor público y que tratara de obtener el pago de las cantidades que le adeudase un deudor que se encontrara en dificultades económicas (sentencia de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión, C 73/11 P, EU:C:2013:32, apartado 72) y, en consecuencia, si dicha empresa habría podido obtener la misma ventaja que se puso a su disposición mediante recursos del Estado en circunstancias que correspondan a las condiciones normales del mercado (sentencia de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión, C 73/11 P, EU:C:2013:32, apartado 70).

Pues bien, de cuanto antecede resulta que el examen al que la Comisión debe, en su caso, proceder no puede limitarse únicamente a las opciones efectivamente tomadas en consideración por la autoridad pública competente, sino que debe referirse necesariamente a todas las opciones razonablemente contempladas por un acreedor privado en tal situación.

En lo que concierne a las alegaciones formuladas por la Comisión en el marco del cuarto motivo de casación, basta señalar que el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al afirmar en el apartado 247 de la sentencia recurrida que, dado que el criterio del acreedor privado era aplicable como tal, la Comisión no podía distinguir, para su aplicabilidad, en función de las distintas alternativas a la medida controvertida.

Por consiguiente, los motivos de casación segundo y cuarto deben desestimarse por infundados.

Sobre el primer motivo de casación, basado en una interpretación errónea de la Decisión controvertida.

Alegaciones de las partes:

Mediante su primer motivo de casación la Comisión aduce que el Tribunal General interpretó erróneamente la Decisión controvertida al declarar, en los apartados 101 a 104 de la sentencia recurrida, que dicha institución había considerado, en la referida Decisión, que el criterio del acreedor privado era aplicable a los hechos del litigio principal.

Así, considera que el Tribunal General incurrió en error al considerar que debía deducirse de la última frase del considerando 80 de esa misma Decisión que el criterio del acreedor privado era aplicable en el caso de autos. A su parecer, este error de interpretación resulta de la lectura de los considerandos siguientes de dicha Decisión. En efecto, según la Comisión, el considerando 81 no se refiere de manera específica a los requisitos de aplicación de dicho criterio, ya que el considerando 82 precisa de manera específica la situación en lo que respecta a la aplicabilidad de dicho criterio y tanto el considerando 83 como los considerandos 128 a 132 versan sobre la cuestión de si dicho criterio es aplicable.

Frucona Košice afirma que las alegaciones de la Comisión carecen de fundamento.

Apreciación del Tribunal de Justicia:

En primer lugar, es preciso señalar que la Decisión controvertida no declara expresamente que el criterio del acreedor privado sea inaplicable en el caso de autos. Al contrario, lleva a cabo una aplicación de dicho criterio en la que basa explícitamente la conclusión expuesta en los considerandos 139 y 140, según la cual la medida controvertida constituye una ayuda de Estado.

A continuación, en el supuesto de que la Comisión hubiera tenido dudas acerca de la aplicabilidad de dicho criterio, procede recordar que, tal y como se desprende del apartado 24 de la presente sentencia, debería haber solicitado al Estado eslovaco información pertinente a ese respecto y haber llevado a cabo una apreciación global de dicha información (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, C 124/10 P, EU:C:2012:318, apartado 86). Pues bien, la Decisión controvertida no contiene referencia alguna a dicha solicitud ni a tal examen. Por último, procede señalar que la Comisión aplicó el criterio del acreedor privado después de indicar, en los apartados 84 y 86 de la Decisión controvertida, que el beneficiario había alegado que la aceptación de la propuesta de convenio de acreedores no constituía una ayuda de Estado, puesto que el procedimiento de liquidación judicial habría sido menos favorable para el Estado eslovaco.

Dadas estas circunstancias, procede desestimar por infundado el primer motivo de casación.

Sobre el tercer motivo de casación, relativo a los principios de fuerza de cosa juzgada y de ne ultra petita. Alegaciones de las partes:

La Comisión sostiene que el Tribunal General vulneró los principios de fuerza de cosa juzgada y de ne eat iudex ultra petita partium al declarar, en los apartados 123 a 126 de la sentencia recurrida, que el Tribunal de Justicia había considerado implícita pero necesariamente, en su sentencia de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión (C 73/11 P, EU:C:2013:32), que el criterio del acreedor privado era aplicable a los hechos del caso de autos y que, en consecuencia, dar por válida la lectura de la Decisión controvertida propuesta por la Comisión supondría vulnerar la fuerza de cosa juzgada.

Frucona Košice rebate las alegaciones de la Comisión.

Apreciación del Tribunal de Justicia:

Dado que el tercer motivo de casación se refiere a un razonamiento a mayor abundamiento formulado en apoyo de la consideración del Tribunal General según la cual el criterio del acreedor privado era aplicable a los hechos del caso de autos, y puesto que los motivos de casación primero, segundo y cuarto, que critican esa misma consideración del Tribunal General, han sido desestimados por carecer de fundamento, procede desestimar el tercer motivo de casación por inoperante.

Sobre los motivos de casación quinto y sexto relativos a la aplicación del criterio del acreedor privado y a la obligación de llevar a cabo una investigación diligente e imparcial que incumbe a la Comisión. Alegaciones de las partes:

Mediante su quinto motivo de casación la Comisión sostiene, en primer lugar, que el criterio del acreedor privado implica que debe determinar el punto de vista subjetivo de la autoridad pública y compararlo con el que un acreedor privado habría tenido en esas mismas circunstancias. A este respecto afirma que de la jurisprudencia el Tribunal de Justicia se desprende que únicamente son pertinentes los datos disponibles y la evolución previsible en el momento en el que la referida autoridad pública adoptó la decisión.

La Comisión deduce de ello que incumbe al Estado miembro interesado demostrar que, para adoptar su decisión, tomó efectivamente en consideración esos datos y esa evolución, los cuales deben ser comparables a los que un operador privado habría exigido conocer antes de adoptar la misma decisión.

Afirma que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la aplicación del criterio del acreedor privado excluye que éste hubiera podido actuar de manera fortuita, pudiendo únicamente hacerlo con pleno conocimiento de causa, puesto que, según dicha jurisprudencia, las evaluaciones económicas elaboradas después de la

concesión de la ventaja, la comprobación retrospectiva de la rentabilidad efectiva de la inversión llevada a cabo por el Estado miembro en cuestión o las posteriores justificaciones de la elección del procedimiento efectivamente seleccionado, no bastan.

La Comisión aduce que, no obstante, ello no significa que las partes interesadas no puedan aportar información o datos útiles para aclarar determinados extremos, por ejemplo, acerca de la naturaleza y del objeto de la medida en cuestión, su contexto o el objetivo perseguido. Sin embargo, según la Comisión, esas partes no pueden sustituir la apreciación efectivamente realizada por el Estado miembro en cuestión en el momento en que adoptó su decisión por la suya propia, así como tampoco incumbe a la Comisión reconstituir de oficio el comportamiento de un hipotético acreedor privado ideal, racional y plenamente informado.

Según la Comisión, la información que se le haya aportado además de la invocada por el Estado miembro de que se trate puede tener como finalidad demostrar que, sobre la base de la información efectivamente considerada por dicho Estado miembro, un acreedor privado habría actuado, o no, de la misma manera. Sin embargo, a su parecer, dicha información no puede tener como finalidad justificar la decisión adoptada refiriéndose a información o a datos que el Estado miembro de que se trate no hubiera tenido efectivamente en consideración.

En segundo lugar, la Comisión señala que al formular, en el apartado 137 de la sentencia recurrida, su criterio de examen, el Tribunal General no limitó la obligación de verificación de dicha institución a los elementos pertinentes de que dispusiera. Aduce que esa omisión llevó al Tribunal General a considerar, en el apartado 201 de la sentencia recurrida, que la Comisión debería haber intentado obtener información adicional con el fin de verificar y corroborar las conclusiones que había deducido del expediente del procedimiento administrativo.

Así pues, según la Comisión, en el apartado 201 el Tribunal General introdujo una nueva exigencia en virtud de la cual la Comisión debe reconstituir el comportamiento del hipotético acreedor privado ideal, racional y plenamente informado, buscando todos los elementos e informaciones «imaginables», exigencia que, en su opinión, va en contra de la filosofía que se halla a la base del criterio del acreedor privado, a saber, una apreciación del punto de vista subjetivo de la autoridad pública en el momento de adoptar su decisión.

Según la Comisión, los apartados 137 y 180 a 213 de la sentencia recurrida se basan pues, por un lado, en la consideración errónea de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia imponía a la Comisión la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo y exhaustivo de las ventajas e inconvenientes del procedimiento de liquidación judicial más que un análisis basado en la situación subjetiva de la autoridad pública, y, por otro lado, en una lectura errónea

de la Decisión controvertida, en el sentido de que de ella se desprende que dicha institución llevó a cabo tal análisis.

En tercer lugar, la Comisión observa que la Decisión controvertida se basa en la situación de los activos de Frucona Košice a 17 de junio de 2004 y que, según el Tribunal General, su negativa a aceptar la metodología del informe E en lo que respecta a la determinación de los coeficientes de liquidación de dichos activos era conforme a Derecho. No obstante, puesto que dicha información económica era la única que estaba a disposición de la autoridad fiscal local cuando decidió aceptar la propuesta de convenio de acreedores, la consecuencia lógica de estas comprobaciones fácticas es, según la Comisión, que un acreedor privado que dispusiera de esa única información no habría aceptado tal convenio. En efecto, a su parecer, si su comportamiento hubiera consistido en solicitar información adicional, dicho acreedor no habría aceptado la propuesta de convenio de acreedores.

La Comisión considera que, habida cuenta de que debía llevar a cabo su verificación basándose exclusivamente en la información y en los datos efectivamente en posesión del acreedor público o que fueran notoriamente conocidos, el expediente administrativo sustentaba válidamente y en todo caso su conclusión de que un acreedor privado no habría aceptado tal convenio de acreedores. Añade que el Tribunal General no indicó ningún elemento adicional que hubiera sido pertinente en el momento de los hechos y que la Comisión no hubiera tenido en cuenta.

Por consiguiente, la Comisión estima que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al declarar, en los apartados 186 y 235 de la sentencia recurrida, que los elementos del expediente no permitían fundamentar de manera suficiente en Derecho y con carácter unívoco las conclusiones alcanzadas por la Comisión en lo que concierne a la evaluación en 435 millones de SKK (aproximadamente 14,5 millones de euros) del rendimiento de la venta de los activos en el marco de una liquidación judicial. La Comisión añade que el Tribunal General no indica el alcance de las pruebas que la Comisión debería haber aportado ni si considera que dicho estándar obligaba a la Comisión a demostrar, de manera inequívoca, cuál había sido el rendimiento de la venta.

En cuarto lugar, la Comisión aduce que los errores de Derecho detectados por ella viciaron igualmente la apreciación del Tribunal General relativa a la duración del procedimiento de liquidación judicial, así como la relativa al procedimiento de ejecución fiscal. En efecto, según afirma, estas apreciaciones se basan en el mismo criterio erróneo y en la negativa a aceptar la evaluación de la Comisión del rendimiento de la liquidación de los activos de Frucona Košice.

En su sexto motivo de casación la Comisión afirma que los apartados 191 a 195 de la sentencia recurrida pueden interpretarse en el sentido de que con ellos se reprocha a la

Comisión que hubiera incumplido su obligación de llevar a cabo una investigación diligente e imparcial. Para el caso de que se estime que esta interpretación es correcta, la Comisión aduce que el Tribunal General confirmó a esa obligación un alcance erróneo y que le impuso una carga excesiva.

A este respecto, la Comisión señala que en los apartados 187 y 191 de la sentencia recurrida el Tribunal General declaró que la Comisión había rechazado fundadamente el valor probatorio del informe E y que, por tanto, había formulado, también fundadamente, deducciones a partir de los datos aportados por Frucona Košice o no impugnados por ella. Según afirma, el referido Tribunal decidió a continuación condenar a la Comisión por no haber solicitado información adicional con la que verificar y corroborar las conclusiones alcanzadas sobre la base de tales datos, sin explicar el tipo de datos adicionales que dicha institución habría podido recabar.

La Comisión aduce que basó su apreciación en los datos de que disponía efectivamente en ese momento y estimó que podía referirse al importe mencionado por el beneficiario, el cual había sido admitido por la autoridad tributaria y se basaba en informes independientes, sin exigir que se aportasen otros informes. Afirma que, en todo caso, un acreedor público no habría aceptado que su deudor no justificase de manera suficiente su estimación del valor de los activos ofrecidos como garantía para obtener un aplazamiento de su deuda fiscal. En el caso de autos, la autoridad fiscal local había alcanzado sus propias conclusiones en lo que concierne al valor de dichos activos, tal y como se desprende de la decisión de aplazar el pago de la deuda.

Frucona Košice rebate las alegaciones de la Comisión.

Apreciación del Tribunal de Justicia:

Con carácter preliminar procede señalar que los motivos de casación quinto y sexto se refieren, en esencia, al alcance de la obligación de investigar que incumbe a la Comisión cuando lleva a cabo apreciaciones relativas al criterio del acreedor privado, tal y como fue apreciado por el Tribunal General al examinar las partes de la Decisión controvertida relativas a los procedimientos de liquidación judicial y de ejecución fiscal.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al aplicar el criterio del acreedor privado corresponde a la Comisión llevar a cabo una apreciación global teniendo en cuenta cualquier dato pertinente en el caso concreto que le permita determinar si es manifiesto que la empresa beneficiaria no habría obtenido facilidades comparables de tal acreedor privado (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión, C 73/11 P, EU:C:2013:32, apartado 73, y de 21 de marzo de 2013, Comisión/Buczek Automotive, C 405/11 P, no publicada, EU:C:2013:186, apartado 47).

A este respecto, por un lado, se ha de estimar pertinente toda información que pudiera influir de forma apreciable en el proceso decisorio de un acreedor privado, al que debe considerarse normalmente prudente y diligente, que se hallara en una situación lo más semejante posible a la del acreedor público y que tratara de obtener el pago de las cantidades que le adeudase un deudor que se encontrara en dificultades económicas (sentencias de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión, C 73/11 P, EU:C:2013:32, apartado 78, y de 21 de marzo de 2013, Comisión/Buczek Automotive, C 405/11 P, EU:C:2013:186, no publicada, apartado 54).

Por otro lado, sólo son pertinentes para la aplicación del criterio del acreedor privado los datos disponibles y la evolución previsible al tiempo de la adopción de la decisión de realizar la inversión (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, C 124/10 P, EU:C:2012:318, apartado 105).

Tal examen por la Comisión de la cuestión de si determinadas medidas pueden ser calificadas de ayudas de Estado, debido a que las autoridades públicas no actuaron como lo habría hecho un acreedor privado, requiere una apreciación económica compleja (sentencias de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión, C 73/11 P, EU:C:2013:32, apartado 74, y de 21 de marzo de 2013, Comisión/Buczek Automotive, C 405/11 P, no publicada, apartado 48).

A este respecto, es oportuno recordar que, en el marco del control que los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea ejercen sobre las apreciaciones económicas complejas realizadas por la Comisión en materia de ayudas de Estado, no corresponde al juez de la Unión sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia (sentencias de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión, C 73/11 P, EU:C:2013:32, apartado 75, y de 21 de marzo de 2013, Comisión/Buczek Automotive, C 405/11 P, no publicada, EU:C:2013:186, apartado 49).

Sin embargo, el juez de la Unión no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de ellos (sentencias de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión, C 73/11 P, EU:C:2013:32, apartado 76, y de 21 de marzo de 2013, Comisión/Buczek Automotive C 405/11 P, no publicada, EU:C:2013:186, apartado 50).

En el caso de autos procede examinar, en primer lugar, las alegaciones formuladas por la Comisión en el marco de los motivos de casación quinto y sexto, que se dirigen contra la parte de la sentencia recurrida relativa al procedimiento de liquidación judicial.

A este respecto, en primer término, procede desestimar las alegaciones formuladas por la Comisión basadas en que

debería determinarse, en un primer momento, el punto de vista subjetivo de la autoridad pública competente para comparar, a continuación, la conducta de dicha autoridad y la de un acreedor privado hipotético, toda vez que la pertinencia de tal razonamiento ya ha sido descartada en el marco del examen de los motivos de casación segundo y cuarto, puesto que atribuye un alcance erróneo al criterio del acreedor privado.

En segundo término, en la medida en que la Comisión reprocha al Tribunal General haber establecido una nueva exigencia, en particular, al no limitar la obligación de verificación de dicha institución a los datos de que dispusiera, exigencia que le impone una carga excesiva, consistente en deber recabar todos los datos e información «imaginables», es preciso señalar que las alegaciones de la Comisión se derivan de una lectura errónea de la sentencia recurrida.

A este respecto, procede comenzar señalando que el Tribunal General indicó, en particular en los apartados 134 a 137 de la sentencia recurrida, que la apreciación del criterio del acreedor privado debe efectuarse respecto de una situación lo más similar posible a la de la autoridad pública de que se trate.

A continuación, el Tribunal General expuso, en los apartados 138 a 143 de la sentencia recurrida, los principios que, a su parecer, rigen la carga de la prueba que pesa sobre la Comisión, y expuso, en ese contexto, los datos que dicha institución debe, en su caso, recabar y tomar en consideración en el marco de su examen, así como los límites generales de sus obligaciones en materia de investigación, según se desprenden de la jurisprudencia de los tribunales de la Unión.

A este respecto, procede recordar igualmente que el juez de la Unión debe examinar la legalidad de una decisión en materia de ayudas de Estado en función de la información de que podía disponer la Comisión en el momento en que la adoptó (sentencia de 2 de septiembre de 2010, Comisión/Scott, C 290/07 P, EU:C:2010:480, apartado 91 y jurisprudencia citada).

Pues bien, la información de que la Comisión «podía disponer» incluye aquella que parecía pertinente para la apreciación que había de llevarse a cabo de conformidad con la jurisprudencia recordada en los apartados 59 à 61 de la presente sentencia y que habría podido obtener, si lo hubiera solicitado, durante el procedimiento administrativo. Por último, en los apartados 171 a 178 de la sentencia recurrida el Tribunal General recordó que, según su jurisprudencia, la Comisión no se halla sometida en modo alguno a una obligación general de recurrir a la ayuda de peritos externos y desestimó, basándose en este fundamento, las pretensiones de Frucona Košice según las cuales dicha institución debería haber solicitado nuevos dictámenes periciales externos.

Pues bien, cuando se leen a la luz de ese contexto jurídico recordado por el Tribunal General, los apartados 180 a 213 y 235 de la sentencia recurrida, objeto de las críticas de la Comisión reflejadas en el apartado 64 de la presente sentencia, no suponen nuevas exigencias incompatibles con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Así, la constatación fáctica que figura en el apartado 185 de la sentencia recurrida, según la cual la Comisión determinó los coeficientes de liquidación mediante deducción a partir de la documentación obrante en el expediente del procedimiento administrativo, no había procedido a ningún análisis metodológico o económico y no había solicitado información adicional que le permitiera verificar y corroborar las conclusiones que había alcanzado a partir de tales datos, no puede interpretarse en el sentido de que introduce una exigencia que va más allá de lo exigido por los principios recordados por el Tribunal General en los apartados 138 a 143 de la sentencia recurrida o que sea incompatible con los principios expuestos en los apartados 59 y 60 de la presente sentencia.

En lo que concierne a las constataciones fácticas del Tribunal General recogidas en los apartados 186, 196, 200 y 201 de la sentencia recurrida, según las cuales los elementos obrantes en el expediente del procedimiento administrativo no permitían fundamentar de manera suficiente en Derecho las valoraciones realizadas por la Comisión de los coeficientes de liquidación, y que, en consecuencia, dicha institución debería haber intentado obtener información adicional con el fin de sustentar sus conclusiones, éstas no rebasan en modo alguno los límites del control judicial del error manifiesto de apreciación que ha de realizar el Tribunal General en virtud de la jurisprudencia recordada en el apartado 64 de la presente sentencia, y tampoco puede considerarse que introduzcan una exigencia incompatible con los principios expuestos en los apartados 60 y 61 de la presente sentencia.

En la medida en que el Tribunal General declaró, en el apartado 186 de la sentencia recurrida, que los elementos obrantes en el expediente del procedimiento administrativo deberían fundamentar las conclusiones alcanzadas por la Comisión, no sólo de manera suficiente en Derecho, sino también con carácter unívoco, basta señalar que de los apartados 187 a 201 de la sentencia recurrida se desprende que, en todo caso, el Tribunal General no procedió a su apreciación a la luz de tal exigencia y no hizo referencia a ella en el marco de las consideraciones que figuran en los apartados 196, 200, 201 y 235 de la sentencia recurrida.

En efecto, tal y como observó el Abogado General en los puntos 125 y 131 de sus conclusiones, el Tribunal General se limitó, en los apartados 191 a 195, 198 y 199 de la sentencia recurrida, a poner de manifiesto contradicciones internas de la Decisión controvertida y a proceder a constataciones fácticas según las cuales ningún elemento obrante en el expediente del procedimiento administrativo podía aportar

una explicación en lo que concierne a los coeficientes de liquidación en los que se basó la Comisión.

Por consiguiente, en contra de lo que afirma la Comisión, el Tribunal General no aplicó un criterio jurídico erróneo. De ello se sigue que las pretensiones de la Comisión deben desestimarse por ser, en parte inoperantes, y en parte infundadas.

En segundo lugar, en la medida en que la Comisión aduce que los errores de Derecho identificados por ella vicieron igualmente la apreciación del Tribunal General relativa a la duración del procedimiento de liquidación judicial que figuraban en los apartados 223 a 235 de la sentencia recurrida, y la relativa al procedimiento de ejecución fiscal, que figuraba en los apartados 277 a 284 de dicha sentencia, basta señalar que puesto que el examen de las pretensiones de la Comisión no llevó a considerar que se hubiera incurrido en error de Derecho alguno, estas alegaciones carecen de todo fundamento.

Además, en los apartados 279, 282 y 283 de la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró, en primer término, que la Comisión no se había informado acerca de la posible duración de un procedimiento de ejecución fiscal, a continuación, que no había tenido en cuenta que dicho procedimiento podía ser interrumpido debido a la apertura de un procedimiento de liquidación judicial, y, por último, que no se había informado sobre los costes que podía generar tal procedimiento.

Pues bien, en la medida en que estas consideraciones se refieren a informaciones que un acreedor privado normalmente prudente y diligente, que se hallara en una situación lo más semejante posible a la de la autoridad fiscal local, no podía a priori ignorar, pueden justificar por sí solas la consideración del Tribunal General de que la Comisión no tomó en consideración toda la información pertinente (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión C 73/11 P, EU:C:2013:32, apartados 77, 78 y 81).

Además, de los apartados 69 a 84 de la presente sentencia se desprende que, en contra de lo que afirma la Comisión, de la sentencia recurrida se desprende que el Tribunal General precisó de manera suficiente en Derecho, por un lado, el alcance de la obligación de investigar que incumbe a dicha institución, y, por otro lado, el tipo de datos adicionales que ésta habría podido solicitar.

De ello se desprende que los motivos de casación quinto y sexto deben desestimarse por carecer de fundamento. Dado que todos los motivos de casación invocados por la Comisión en apoyo de su recurso de casación han de ser desestimados, procede desestimar el referido recurso en su totalidad».

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL [Recurso 6694/2016] DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2017

Derecho a la tutela judicial efectiva: doctrina constitucional en materia de emplazamientos. Conducta concluyente y patente de incumplimiento de la doctrina constitucional que resulta aplicable: el órgano judicial debe agotar las posibilidades de averiguación del domicilio real antes de acudir a la notificación por edictos. La comunicación por edictos en el procedimiento de ejecución hipotecaria sólo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del deudor o ejecutado.

«El presente recurso de amparo se dirige frente al Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Arona de 6 de diciembre de 2016, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la sociedad recurrente en el proceso de ejecución hipotecaria núm. 454-2012.

La recurrente sostiene que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), porque no tuvo conocimiento del desarrollo del referido proceso ni, por lo tanto, pudo hacer valer en él los medios de defensa que la ley le confiere. El Juzgado le notificó la demanda de ejecución y le requirió de pago por edictos, en lugar de hacerlo en su domicilio real, que constaba en el propio título de ejecución, o incluso en su domicilio social, que el órgano judicial pudo averiguar acudiendo al Registro Mercantil. En definitiva, el Juzgado recurrió al emplazamiento edictal sin agotar previamente los medios previstos en el artículo 686.3 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) para intentar su localización personal, como exige la jurisprudencia constitucional, lo que impidió que la recurrente pudiera defenderse en el proceso seguido en su contra.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo por considerar vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión, mientras que la entidad Caixabank, S.A., interesa la desestimación del recurso de amparo por entender que no existe la lesión alegada.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes, este Tribunal, por providencia de 22 de mayo de 2017, admitió a trámite el presente recurso de amparo al apreciar “que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) como consecuencia de que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f)]”. Negativa que, según viene sosteniendo este Tribunal desde el ATC 26/2012, de 31 de enero, FJ 3 (como recuerda la reciente STC 106/2017, de 18 de septiembre, FJ 2), “no puede ser identificada con ‘la errónea interpretación o aplicación de la jurisprudencia, incluso si fuera objetivable y verificable’ en el caso concreto”. Para el

Tribunal se trata de algo radicalmente distinto: “la voluntad manifiesta de no proceder a su aplicación; o dicho en otras palabras, a una decisión consciente de soslayarla (en este sentido, STC 133/2011, de 18 de julio, FJ 3, y 155/2015, de 8 de junio, FJ 2)”.

Es precisamente “el ‘elemento intencional o volitivo’ el que caracteriza este concreto supuesto de especial trascendencia constitucional” (STC 5/2017, de 16 de enero, FJ 2) y lo distingue de un supuesto subjetivo, que no objetivo, de vulneración por inaplicación de la jurisprudencia constitucional. En definitiva, el incumplimiento por sí solo de la doctrina dictada por este Tribunal no puede ser considerado como un supuesto de especial trascendencia constitucional, pero una vez advertida la cualidad que hace del mismo un supuesto de trascendencia constitucional (es decir, la existencia de una negativa manifiesta) este Tribunal debe conocer del recurso y aplicar su doctrina al caso concreto.

Asimismo debe ponerse de relieve que en las SSTC 5/2017, 6/2017 y 106/2017, este Tribunal ha apreciado la concurrencia de dicho elemento intencional en supuestos en los que el órgano judicial, aun conociendo la doctrina constitucional, dado que había sido citada y extractada en lo fundamental en el escrito por el que se promovió el incidente de nulidad de actuaciones, lo resolvió sin hacer consideración alguna sobre ella. Hay que advertir al respecto que en tales casos, al igual que en el presente, se ponía de manifiesto la doctrina elaborada por este Tribunal sobre la interpretación que debía darse del artículo 686.3 LEC, en la redacción generada con la Ley 13/2009, para no incurrir en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE. Y es que, aparte del elemento volitivo o intencional de incumplimiento, “es necesario que este lo sea referido a una doctrina concreta y precisa del Tribunal, no siendo suficiente cualquier pronunciamiento jurisprudencial que se entienda incumplido” (STC 106/2017, FJ 2).

En el presente caso concurre la especial trascendencia constitucional indicada, puesto que la recurrente citaba en su escrito por el que promovía incidente de nulidad de actuaciones la doctrina consignada en la STC 122/2013, de 20 de mayo, para justificar la obligación del órgano judicial de practicar razonables diligencias de averiguación del domicilio real antes de acudir a la citación edictal. No obstante ello, el Juzgado dispensa una respuesta que elude cualquier tipo de consideración sobre la dimensión constitucional puesta de relieve, lo que denota una voluntad implícita de no aplicar al caso la referida doctrina constitucional. En definitiva, del Auto impugnado en amparo puede inferirse una conducta concluyente y patente de incumplimiento de la doctrina constitucional que resultaba aplicable al caso, invocada en el incidente de nulidad formulado por la recurrente.

Este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el problema aquí planteado acerca de la comunicación

del procedimiento de ejecución hipotecaria en el caso de que sea negativa la notificación y el requerimiento de pago en el domicilio que consta en el Registro de la Propiedad y, más concretamente, sobre la necesidad de que el órgano judicial agote las posibilidades de averiguación del domicilio real antes de acudir a notificación por edictos.

En concreto, en la citada STC 122/2013 , FJ 3, con cita de doctrina precedente, el Tribunal ha afirmado que “cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos (por todas, SSTC 40/2005 , de 28 de febrero, FJ 2; 293/2005 , de 21 de noviembre, FJ 2, y 245/2006 , de 24 de julio, FJ 2)”. Incluso cuando no conste ese domicilio en las actuaciones habría que realizar otras gestiones en orden a la averiguación del domicilio real (por todas, STC 19/2004 , de 23 de febrero, FJ 4, y 126/2006 de 24 de abril, FJ 4), siempre que ello no suponga exigir al órgano judicial una desmedida labor investigadora sobre la efectividad del acto de comunicación (STTC 126/1999, de 28 de junio, FJ 4; 82/2000 , de 27 de marzo, FJ 6; 113/2001, de 7 de mayo, FJ 5; y STC 131/2014 , de 21 de julio, FJ 2, entre otras).

Para este Tribunal, “desde una estricta perspectiva constitucional, procede realizar una interpretación secundum constitutionem del art. 686.3 LEC, integrando su contenido, de forma sistemática, con el art. 553 LEC, precepto rector de la llamada al proceso de ejecución hipotecaria, y con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación edictal, que tiene su fuente directa en el derecho de acceso al proceso del art. 24.1 CE, de manera que la comunicación por edictos en el procedimiento de ejecución hipotecaria sólo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del deudor o ejecutado” (STC 122/2013 , FJ 5).

La aplicación al presente caso de la doctrina sentada en la STC 122/2013 , reiterada en Sentencias posteriores (SSTC 30/2014 , 24 de febrero FJ 3; 131/2014 , de 21 de julio, FJ 4; 137/2014 , de 8 de septiembre, FJ 3, 89/2015 , de 11 de mayo, FJ 3; 169/2014 , 22 de octubre, FJ 3; 151/2016 , de 19 de septiembre, FJ 2; 5/2017 y 6/2017 , FJ 2; y 106/2017 , FJ 4), conduce a apreciar la vulneración del derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, ni siquiera se le exigía al órgano judicial una actividad de averiguación de su domicilio real excesivamente compleja o gravosa.

En efecto, una vez que resultó infructuoso el único intento de notificación personal de la hipotecante no deudora en el domicilio de la prestataria ejecutada, el Juzgado de Primera Instancia ordenó, sin más trámites, que la sociedad recurrente en amparo fuera notificada de la demanda y requerida de pago por edictos. Pese a que en la escritura de constitución de la hipoteca aportada a las actuaciones

constaba el domicilio real de la recurrente, en su condición de hipotecante no deudora, el Juzgado no intentó efectuar ningún acto de comunicación en ese domicilio. Tampoco intentó averiguar, a través del Registro Mercantil, el domicilio social de la recurrente. En suma, el órgano judicial acudió a la comunicación edictal sin haber agotado previamente las posibilidades razonables de averiguación del domicilio real de la recurrente, para proceder a la notificación personal.

La vulneración del derecho garantizado por el art. 24.1 CE se colige sin dificultad de la respuesta ofrecida por el Juzgado en el Auto resolutorio del incidente de nulidad. Se argumenta que no se ha producido indefensión porque se ha practicado la notificación del requerimiento de pago en el domicilio que consta en el Registro de la Propiedad, fijado por el deudor en la escritura, conforme dispone la legislación aplicable. Se trata pues de una interpretación literal del artículo 686.3 LEC que, como se ha puesto de manifiesto, ya había quedado excluida por este Tribunal en la doctrina citada.

Por otra parte, es asimismo doctrina consolidada de este Tribunal que el conocimiento extraprocesal del proceso tramitado, supuestamente sin conocimiento del interesado, pues en caso contrario se vaciaría de contenido constitucional su queja de indefensión, no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas. Debe acreditarse suficientemente para que surta su efecto excluyente de la tacha de indefensión, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso, si así se alega. Sin perjuicio de que, como también hemos recordado, del examen de las actuaciones pueda inferirse de manera suficiente y razonada que el interesado tuvo conocimiento extraprocesal de la pendencia del litigio o que no podía ignorar su existencia, lo que asimismo excluiría la indefensión alegada (entre otras muchas, SSTC 26/1999 , de 8 de marzo, FJ 5; 20/2000 , de 31 de enero, FJ 5; y 102/2003 , de 2 de junio, FJ 3).

En el presente caso resulta que de las actuaciones no puede deducirse que la sociedad recurrente tuviera conocimiento extraprocesal del proceso de ejecución hipotecaria. Lo único que consta es que el intento de emplazamiento personal practicado por el Juzgado en el domicilio de la prestataria ejecutada, según diligencia de 12 de mayo de 2012, se entendió con el ocupante de la vivienda, quien manifestó que aquella “se encuentra actualmente en Colombia y sin perspectiva de regresar en años, si bien se compromete a hacer llegar a la demandada copia de las actuaciones”. De tal extremo no puede inferirse que la sociedad recurrente, en su condición de hipotecante no deudora, mantuviera una relación con la prestataria deudora que le hubiera permitido conocer la existencia del proceso y comparecer en el mismo.

Lo expuesto conduce al otorgamiento del amparo, que ha de comportar la declaración de nulidad del Auto impugnado, así como la retroacción de las actuaciones para que se proceda por el Juzgado a la notificación de la demanda de ejecución

hipotecaria y del requerimiento de pago a la recurrente en términos respetuosos con su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1CE)».

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 751/2015] DE 12 DE ENERO DE 2018 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Responsabilidad de administradores sociales: el régimen de prescripción previsto en el Código de Comercio (art. 949), aplicable a todas las acciones de responsabilidad de los administradores basadas «en su actividad orgánica», establece un plazo de prescripción de cuatro años, cuyo día a quo queda fijado en el momento del cese en el ejercicio de la administración por cualquier motivo válido para producirlo, aunque se retrasa la determinación del día a quo al hecho de que conste el cese en el Registro Mercantil cuando se trata de terceros de buena fe, dado que el legitimado para ejercitar la acción no puede a partir de ese momento negar su conocimiento. No obstante, este criterio extensivo no resulta aplicable cuando se acredita la mala fe del tercero o que el afectado tuvo conocimiento anterior del cese efectivo. Por otra parte, no existe ningún obstáculo para que se ejercite la acción de responsabilidad contra un administrador cesado pese a que persistan en sus cargos el resto de administradores contra los que se vaya a ejercitar la acción social de responsabilidad. En cuanto al régimen legal de responsabilidad, no procede aplicar retroactivamente el régimen del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 a actuaciones de los administradores realizadas antes de su entrada en vigor. En este sentido, el régimen de responsabilidad del administrador se agravó considerablemente respecto del régimen anterior (LSA de 1951), pues además de los casos de malicia, abuso de facultades y culpa grave, se incluyeron, como determinantes de la responsabilidad del administrador, los supuestos de culpa leve o levísima. La pretensión de acogerse al régimen fiscal más favorable previsto en la ley en la transmisión de bienes sociales no constituye una acción maliciosa o gravemente culposa.

«Los antecedentes más relevantes del caso objeto del recurso han sido fijados en la instancia. En primer lugar, la sentencia del juzgado declara:

«La entidad actora es una mercantil constituida en escritura pública de 27 de diciembre de 1983, inscrita en el Registro Mercantil de Almería al Folio 73 del Tomo 93 general, 59 de la Sección 3ª del Libro de Sociedades, hoja nº 1435, cuyo objeto social lo constituye la compra de fincas o solares, la promoción y construcción de urbanizaciones, edificios, hoteles, viviendas, pisos, apartamentos, así como su venta. Podrá dedicarse asimismo a todas las actividades

relacionadas directamente con el negocio inmobiliario, y en general, con cualquier actividad legal que previamente acuerde la Junta General de Accionistas. (doc. nº 1 de la demanda).

» En ejercicio de dicho objeto, por escritura pública de fecha 11 de febrero de 1985, la sociedad compró a la mercantil Playa Serena, S.A. ciento once parcelas en el término municipal de Roquetas de Mar, incluidas en el sector número 37 del Plan Parcial de Playa Serena (fases 3ª y 4ª del Plan Parcial).

» Con fecha 19 de noviembre de 1988, los consejeros de FAHSA, cuyo Consejo de Administración lo componían los socios de la misma -como Presidente, D. Pascual, como Secretario, D. Mateo, y como Vocal, D. Fausto, siendo los dos últimos hijos del primero- autorizados todos de forma indistinta para ejercitar por sí todas y cada una de las facultades atribuidas al Consejo de Administración por escritura pública de fecha 29 de febrero de 1988, firmaron un documento privado en el que aparecían como compradores iniciales D. Avelino y D. Fructuoso, y pactaban que la sociedad mercantil FAHSA, representada en dicho acto por sus socios integrantes del total capital social de la misma y de su Consejo de Administración (los tres anteriormente citados), vendían la 3ª y 4ª fase del Plan Parcial Playa Serena 200 Has, a los dos mencionados, que aceptaban y compraban pro indiviso. El precio convenido venía determinado en 38.153 ptas. el metro cuadrado construido edificable, por lo que, en función de los doscientos ochenta y ocho mil trescientos diez m² construidos previstos en el Plan Parcial para la Fase 3ª y 4ª resulta la cifra de once mil millones de pesetas, indicando que el precio definitivo será el resultado de aplicar a los metros cuadrados construidos edificables obtenidos en función de Convenio Urbanístico con el Ayuntamiento de Roquetas de Mar o del resultado de la reclamación contencioso administrativa a que se hace mención en el exponente 2º la repercusión a razón de 38.153 ptas. por metro cuadrado construido edificable que se obtenga, como techo neto a la venta. La forma de pago del precio se establecía en la Estipulación Tercera, donde se preveía el pago de:

A) 200 millones de pesetas a cuenta del precio mediante transferencia el siguiente 21 de noviembre a la cuenta corriente indicada del BBVA, oficina de Roquetas de Mar,

B) 800 millones de pesetas, el día 20 de diciembre siguiente, plazo previsto para el otorgamiento de escritura,

C) 1.000 millones de pesetas que se obliga la parte compradora a pagar a la sociedad vendedora a cuenta del precio en el momento que presente documentación suficiente que justifique el haber obtenido la calificación urbanística que permita el desarrollo inmobiliario sobre las Fases 3ª y 4ª objeto de la compra-venta,

D) 1.000 millones de pesetas a los doce meses de la firma de los documentos públicos referidos en el contrato en el supuesto que se cumplan las condiciones del apartado C, y si no se hubieran obtenido en ese plazo las condiciones referidas, los 1.000 millones de los apartados C y D se harán efectivos en el momento de obtenida la calificación urbanística a que se refieren dichos apartados y con un plazo máximo de 24 meses a contar desde el 20 de diciembre de 1988, si se agota el plazo indicado la parte compradora podrá optar por la resolución del contrato, exigiendo la devolución de las cantidades entregadas o bien la continuidad del mismo, fijándose por su parte nuevas fecha de prórroga y espera,

E) 4.000 millones pagaderos en tres anualidades sin intereses de aplazamiento sucesivas a partir del cumplimiento del apartado D que serán por terceras partes,

F) los 4.000 millones previstos, en función de la estipulación Segunda y Tercera, como resto del precio, se pagarán mediante tres anualidades sucesivas y constantes con el incrementos de los intereses por aplazamiento al índice del mercado de Madrid más dos puntos y revisable en cada anualidad, las cuales vendrán indicadas mediante el sistema financiero francés, entendiéndose como fecha del inicio del aplazamiento el último pago reflejado en el apartado E anterior. Por su parte, en la Estipulación Octava se establecía que las escrituras públicas que se otorguen podrían efectuarse a favor de personas físicas o jurídicas que los compradores designen. Y en la Estipulación Novena, se indicaba que en el momento de elevar a público el contrato, los compradores darían derecho de participación en la presente compra y futuro desarrollo inmobiliario a D. Fausto y D. Mateo en un diez por ciento a cada uno con sus derechos y obligaciones inherentes a esta compraventa, instrumentando en su momento los documentos públicos o privados suficientes a criterio de las partes (documento nº 2 de la demanda).

» Mediante escritura pública de 16 de septiembre de 1986, los miembros del Consejo de Administración de FAHSA, D. Mateo y D. Fausto, junto con D. Simón, constituyeron la mercantil "Hotel Golf Descubrimiento, S.A." (HGDSA), domiciliada en la misma sede y oficinas de FAHSA (Oficina de Información, Avda. Principal, s/n, Urbanización Playa Serena, Roquetas de Mar), a la que dotaron fundacionalmente con un capital social de 90.000 pesetas, representado por nueve acciones al portador de 10.000 pesetas nominales cada una de ellas, totalmente desembolsadas y que suscribieron por terceras partes iguales los expresados socios fundadores, (doc. nº 5 de la demanda) siendo vendidas sus acciones por el Sr. Simón a D. Pascual en fecha 30 de noviembre de 1988 por su nominal de 30.000 pesetas, no habiendo sido negada dicha circunstancia por los demandados. Dicha mercantil cambió su denominación social a "Europea de Servicios Urbanísticos de Roquetas, S.A. (ESURSA), trasladando su sede social a la calle Consell de Cent, número 106-108, 5º-2 de Barcelona (doc. nº 5 de la demanda).

»La sentencia de la Audiencia Provincial asumió ese relato fáctico y describió el resto de los hechos relevantes de un modo prácticamente idéntico a como lo había hecho la sentencia de primera instancia. La sentencia de segunda instancia explica cómo durante el mes de diciembre de 1988 se llevaron a cabo las siguientes actuaciones, protocolizadas ante el mismo notario de Barcelona, de las que se reseñan solo las relevantes a efectos de este recurso:

1. Se constituyó la sociedad Jardín Park Europea S.A., con un capital social de mil millones de pesetas, en la que D. Mateo y D. Fausto participaron con un 10% cada uno de ellos, mediante escritura pública de 21 de diciembre de 1988.

2. D. Mateo, D. Fausto y D. Pascual, como únicos socios de Hotel Golf Descubrimiento S.A., celebraron una junta universal el 1 de diciembre de 1988 en la que acordaron aumentar el capital social desde noventa mil pesetas hasta mil millones de pesetas, que se elevó a público en escritura de 21 de diciembre.

3. Mediante acuerdo adoptado en la junta universal de Hotel Golf Descubrimiento S.A. el 20 de diciembre de 1988, apoderaron al contable de la sociedad para que comprara los terrenos de Playa Serena que eran propiedad de Florencio Agustín e Hijos S.A. (en lo sucesivo, FAHSA), lo que se elevó a público en escritura de 21 de diciembre.

4. D. Mateo, D. Fausto y D. Pascual, como únicos accionistas de Hotel Golf Descubrimiento S.A., cedieron a Jardín Park Europea S.A. todos sus derechos de suscripción sobre la totalidad de la ampliación de capital de Hotel Golf Descubrimiento S.A. por un precio de 6.807.135.000 pesetas, mediante escritura pública de 21 de diciembre de 1988.

5. Mediante escritura pública de 21 de diciembre de 1988 se protocolizó el acuerdo de junta de socios de Hotel Golf Descubrimiento S.A. en la que D. Mateo, D. Fausto y D. Pascual decidieron no ejercitar su derecho de adquisición preferente, y en ese mismo acto, Jardín Park Europea S.A. suscribió la totalidad de las acciones que representaba el aumento de capital.

6. Finalmente, mediante escritura pública de 21 de diciembre de 1988, FAHSA (cuyos únicos socios y administradores eran D. Mateo, D. Fausto y D. Pascual), vendió a Hotel Golf Descubrimiento S.A. las 111 parcelas de su propiedad, por un precio de 892.800.000 pesetas, con retención de 290.883.581 pesetas para pago de hipoteca.

En la junta general de socios de FAHSA celebrada el 14 de noviembre de 1996, se acordó el cese, como administrador social, de D. Mateo, cese que fue inscrito en el Registro Mercantil el 3 de enero de 1997. El consejo de administración quedó integrado por su madre, Dª María Consuelo, su hermano, D. Fausto, por el hijo de éste, D.

Santos, y su yerno, D. Horacio. Este último cesó poco después de su nombramiento.

FAHSA fue declarada en estado de suspensión de pagos en el expediente 292/1997 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Roquetas de Mar.

El 8 de marzo de 1999, D. Fausto y D.ª María Consuelo (viuda y heredera de D. Pascual, que había fallecido en 1997) vendieron a Dimbar Europea S.L. acciones de FAHSA, de modo que esta quedó finalmente como titular de acciones que representaban el 60,18% del capital social. Dimbar Europea S.L. pagó por las acciones de FAHSA la cantidad de setenta y cinco millones de pesetas.

El 6 de noviembre de 2000, D. María Consuelo, D. Fausto y D. Santos cesaron como administradores de FAHSA y fueron nombrados administradores la sociedad Dimbar Europea S.L., D. Fulgencio y D. Paulino. A estos dos últimos se les transmitió una acción para que pudieran acceder al consejo de administración de FAHSA por cooptación.

En la junta general de socios de FAHSA celebrada el 6 de septiembre de 2001, a la que asistió Dimbar Europea S.L. cuyas acciones representaban el 60,18% del capital social, se acordó ejercitar la acción social de responsabilidad contra los anteriores administradores sociales.

El 1 de octubre de 2002 FAHSA interpuso la demanda en que se ejercitaba esa acción y que ha dado lugar a este litigio. En ella solicitó que se declarase que D. Mateo y D. Fausto y D.ª María Consuelo, como viuda y heredera de D. Pascual, habían incurrido en responsabilidad frente a la sociedad FAHSA «por la operación inmobiliaria y transmisión efectuada por los mismos como administradores de la referida mercantil en cuanto a las fincas que se transmiten en la escritura pública de 21 de diciembre de 1.988 [...] al haber sido realizada la misma en beneficio de los administradores y en correlativo perjuicio patrimonial de la sociedad, y en consecuencia, condene a los demandados a que abonen solidariamente a la compañía actora la cantidad de diez mil seiscientos veintiún millones doscientas veinticinco mil sesenta pesetas (10.621.225.060 PTS), equivalentes a sesenta y tres millones ochocientos treinta y cuatro mil cuatrocientos cuarenta y siete euros (63.834.847'00 €), más los intereses legales que prescribe la vigente LECiv, y más los daños y perjuicios que se cuantificarán en ejecución de sentencia, tomando como base los causados a la indicada sociedad en la operación referenciada, al dejar de disponer de la solvencia que tales fincas y activos le proporcionaban [...]».

2.- El Juzgado de Primera Instancia dictó una sentencia en la que desestimó la excepción de prescripción opuesta por D. Mateo y desestimó la demanda. Los principales argumentos por los que el juzgado desestimó la demanda se encuentran recogidos en el fundamento octavo de la sentencia, que declara lo siguiente:

«Si bien la situación de la mercantil FARSA tras la operación denunciada por la Sociedad es la que se refleja en los documentos aportados por las partes, y, que en la medida de lo posible ha quedado descrita en los fundamentos anteriores, esta operación se realizó a través de un mecanismo legal en que los accionistas -si bien, también administradores- realizaron una distribución de beneficios a través de la venta de derechos de suscripción preferente sobre la ampliación del capital de la sociedad compradora de los terrenos, no constatándose que las consecuencias para la sociedad hubieran sido distintas o más favorables para el supuesto de que la venta se hubiera realizado directamente por la mercantil FAHSA; y que dicha operación se acordó por todos los socios -como únicos accionistas y además administradores de la mercantil-, tratándose de una operación plasmada en los correspondientes documentos públicos, inscritos en el Registro Mercantil a disposición de su consulta por cualquier interesado. No es hasta catorce años después cuando la mercantil demandante ejercita la acción social, previamente haber sido adquirida su parte de acciones once años después de las operaciones, pudiendo tener conocimiento de la situación patrimonial de la mercantil y de las consecuencias de dicha operación previamente a la adquisición de las acciones, por lo que carece de razón de ser que se adquiriera la parte de la sociedad, en las condiciones económicas en que ya se encontraba y por las que ahora se reclama, y posteriormente se ejercite la acción social de responsabilidad. Por ello no puede acogerse la acción ejercitada por la actora, dado que los demandados ninguna actuación han realizado, en su condición de administradores, que pueda calificarse de ilegítima e ilícita, ya que si bien es cierto que han obtenido beneficios en la operación, estos no han sido determinados con precisión, y, en todo caso, los tres mil millones a que alude en el hecho quinto de la demanda como diferencia entre el precio que alega "confesado" y el que resulta del contrato privado, tampoco ha quedado acreditado con la prueba practicada. La actuación de los administradores no se puede calificar de acto irregular por parte de los mismos, sino consecuencia de acuerdos sociales, es decir, expresiones de voluntad colectiva, que ellos, en el ejercicio de sus funciones de gestión, se han limitado a ejecutar, habiendo soportado ellos mismos las consecuencias originadas en la mercantil mientras estuvieron en posesión de sus acciones, -incluso el demandado D. Mateo, aún sigue ostentando su participación-.

» Es por dichas consideraciones por lo que procede la desestimación de la demanda interpuesta con todos los pronunciamientos inherentes a la misma».

3.- La sociedad demandante apeló la sentencia. D. Mateo no solo se opuso a la apelación sino que también impugnó el pronunciamiento desestimatorio de la excepción de prescripción.

La Audiencia Provincial desestimó la impugnación formulada por D. Mateo, pues declaró que hasta que Dimbar Europea S.L. no se hizo con la mayoría del capital social no se pudo

ejercitar la acción social, y estimó en parte el recurso de apelación de FAHSA, por lo que revocó la sentencia de primera instancia y estimó parcialmente la demanda. Condenó a D. Mateo y a D. Fausto a pagar a la sociedad demandante 63.834.847 euros, con sus intereses, absolvió a D.ª María Consuelo y no impuso las costas de ninguna de las instancias.

Para justificar la condena, la Audiencia declara que «el precio de venta, documentado en un contrato previo por 11,000,000,000 pesetas, y confesado en unos de estos actos mediante aumento de capital y precio de la disposición de derechos de adquisición preferente por cerca de 7,000,000,000 pesetas, queda esfumado para la actora, que recibe a cambio sólo 892,800,000 pesetas, cantidad insignificante, más aún, si, además, debe de pechar con el levantamiento de la carga hipotecaria por importe de 290,883,581 pesetas».

4.- D. Mateo y a D. Fausto han interpuesto sendos recursos extraordinario por infracción procesal, basados en siete y cuatro motivos, respectivamente, y de casación, basados en ocho y tres motivos, respectivamente.

Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Fausto.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Fausto se encabeza así:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por cuanto la sentencia incurre en una valoración probatoria arbitraria, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución».

2.- La infracción se habría cometido al declarar probado la sentencia que el valor de las parcelas en 1988 era de once mil millones de pesetas, cuando las parcelas se transmitieron a persona distinta de la prevista en el documento en el que aparecía esa cantidad, que además era un precio sujeto a la obtención de la calificación urbanística de suelo urbano.

TERCERO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo.

1.- La Audiencia Provincial ha declarado que el valor de las parcelas en 1988 era de once mil millones de pesetas porque ese era el precio que en principio se fijó en el documento privado suscrito por FAHSA con los compradores apenas un mes antes de que se otorgaran las escrituras públicas en las que se documentaron las complejas operaciones por las que se hizo efectiva la transmisión.

2.- El recurrente podrá estar en desacuerdo con dicha valoración probatoria, pero esta no puede tacharse de arbitraria o patentemente errónea, único supuesto en el que

este tribunal puede anular la sentencia recurrida por la valoración probatoria que esta haya realizado.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo.

1.- El enunciado que encabeza el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Fausto es el siguiente:

«Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por cuanto la sentencia infringe los artículos 216 y 218 LEC, al incurrir en incongruencia en sus fundamentos de derecho 21 y 22».

2.- La infracción consistiría en que la Audiencia declara como hecho probado que la maximización del beneficio se produjo mediante la elusión de las normas fiscales, lo cual no fue invocado por ninguna de las partes.

QUINTO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo.

1.- En la demanda se argumentó que la operación realizada para la enajenación de las parcelas que eran propiedad de la sociedad demandante se hizo a través de una «calculada e imaginativa operación inmobiliaria» al amparo del apartado A del núm. 8 del artículo 20 de la Ley 44/78 que eximía de tributación las cesiones de derechos de suscripción preferente (operación que se afirma era conocida como «Chorizos Revilla»), que tenía la finalidad de minimizar el coste fiscal y que no fue aceptada por la hacienda pública, que levantó actas en las que incrementó sensiblemente la base imponible declarada y, por tanto, la cantidad a pagar por la sociedad demandante tanto por el impuesto de sociedades como por el impuesto sobre el valor añadido. El hoy recurrente, en su contestación a la demanda, alega que «el mayor enriquecimiento de los accionistas que eluden legalmente el IRPF no representa un perjuicio para la sociedad».

2.- La sentencia de la Audiencia Provincial no modifica esta base fáctica (la búsqueda del máximo beneficio fiscal a través de una serie de negocios complejos, aprovechando una previsión legal entonces vigente), sino que se limita a calificarla como «elusión fiscal». Esto no supone la declaración de un hecho como probado, sino una valoración jurídica de los hechos fijados en el proceso, bien por la propia admisión de las partes, bien por la prueba practicada. No se infringe el principio dispositivo establecido en el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni se incurre en la incongruencia excluida por el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- La Audiencia Provincial no se aparta del debate cuyo objeto viene determinado por las alegaciones de las partes, en cuanto que la propia demandante alegó que la compleja operación mediante la que se transmitieron las parcelas fue realizada para aprovecharse de ciertas ventajas fiscales y el hoy recurrente alegó que la elusión legal del pago de ciertos impuestos no es un perjuicio para la sociedad.

4.- Por tanto, no se ha incurrido en incongruencia por haber resuelto el recurso apartándose de la *causa petendi* [causa o razón de la petición] de la demanda y de las razones de la apelación ni se ha infringido el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues no se ha partido de hechos no aportados por las partes al proceso. Ni siquiera se ha alterado el debate jurídico suscitado por las partes (pese a que el tribunal de apelación está facultado para establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada en atención al principio *iura novit curia* [el juez conoce el Derecho]) pues tanto la demandante como la recurrente coincidían en que la compleja operación realizada en su día por FAHSA para enajenar los terrenos tenía por finalidad disminuir el coste fiscal de la transmisión.

SEXTO.- Formulación del tercer motivo del recurso.

1.- El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por D. Fausto se encabeza así: «Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por cuanto la sentencia infringe los artículos 216 y 218 de la LEC, al incurrir en incongruencia de su fundamento de derecho 31».

2.- Los argumentos que se exponen en el desarrollo de este motivo consisten en que la sentencia de la Audiencia Provincial confunde la fecha en que Dimbar Europea S.L. adquirió las acciones de FAHSA, pues en el apartado 31 afirma que tal adquisición tuvo lugar diez años antes de presentarse la demanda (lo que tuvo lugar el 1 de octubre de 2002), cuando en realidad tal adquisición tuvo lugar en marzo de 1999.

SÉPTIMO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo.

1.- La fijación de un hecho erróneo en la sentencia no tiene nada que ver con el principio dispositivo recogido en el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni infringe el principio de congruencia que establece el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- El propio recurrente reconoce que en otro apartado de la sentencia, el 37, la Audiencia afirma que fue en marzo de 1999 cuando Dimbar Europea S.L. pasó a controlar FAHSA, lo que muestra claramente que la afirmación contenida en el apartado 31 constituyó un simple error material.

3.- Por otra parte, no explica el recurrente qué trascendencia habría tenido la afirmación errónea contenida en el apartado 31, que en todo caso solo habría podido perjudicar los intereses de la parte demandante, puesto que desvirtuaría sus alegaciones relativas a que no había podido demandar a los administradores sociales hasta el año 1999 y de ahí que no hubiera prescrito su acción.

OCTAVO.- Formulación del cuarto motivo.

1.- El epígrafe con que se encabeza el cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de D. Fausto tiene este contenido:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por cuanto la sentencia incurre en una valoración probatoria arbitraria, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución».

2.- La infracción estaría constituida porque el apartado 37 de la fundamentación jurídica de la sentencia de la Audiencia Provincial afirma que Dimbar Europea S.L. adquirió el paquete de acciones de FAHSA que pertenecían a D. Fausto y a su madre, D.ª María Consuelo, «al decaer esta ampliación» (la ampliación de capital de FAHSA) cuando en realidad no fue la anulación del asiento registral correspondiente al aumento de capital lo que determinó la venta de las acciones de FAHSA a Dimbar Europea S.L. por parte de D. Fausto y D.ª María Consuelo, sino la situación de suspensión de pagos en que se encontraba FAHSA. Y también constituiría una valoración arbitraria de la prueba considerar que D. Mateo realizó un acto de verdadera gestión al presentar en el Registro la escritura de ampliación de capital después de haber sido cesado, cuando ese asiento «fue declarado nulo y sin efecto, sin que ello demuestre en modo alguno que tras su cese continuó realizando actos de gestión de la mercantil».

NOVENO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo.

1.- El motivo no puede ser estimado.

El primer argumento se limita a manifestar la discrepancia del recurrente sobre una aseveración de la sentencia sobre cuál fue el motivo de una venta de acciones, pero sin justificar por qué constituye una valoración probatoria arbitraria.

2.- El segundo argumento se limita a mostrar su disconformidad sobre una valoración jurídica (qué constituyen actos de gestión a efectos de considerar a una persona como administrador de hecho) que, además de no afectar al recurrente (que carecería por tanto de gravamen), no constituye una valoración probatoria pues no fija hechos, sino que extrae consecuencias jurídicas.

Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Mateo.

DÉCIMO.- Formulación de los motivos primero y segundo.

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por este recurrente se encabeza así: «Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por cuanto la sentencia infringe los artículos 216 y 218.1 LEC, al incurrir en incongruencia en su fundamento de derecho 37».

2.- El motivo se basa en que la sentencia de la Audiencia Provincial, para desestimar la excepción de prescripción, toma como elemento relevante la realización por el recurrente de un acto de verdadera gestión, la presentación de la escritura de aumento de capital en el Registro Mercantil, cuando la parte demandante en ningún momento alegó, para desvirtuar que la acción contra el recurrente

estuviera prescrita, que el recurrente hubiera realizado actos de gestión tras su cese, puesto que el debate procesal sobre la prescripción versó sobre si el cómputo del plazo de prescripción debía realizarse desde el cese del recurrente o desde el cese de su hermano Fausto.

3.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por D. Mateo lleva este epígrafe en su encabezamiento:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por cuanto la sentencia incurre, en el fundamento de derecho 37, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución».

4.- En el desarrollo del motivo, se argumenta que la Audiencia Provincial incurre en un error patente en la valoración de la prueba al afirmar que D. Mateo presentó en el Registro Mercantil el documento que certificaba el acuerdo de aumento de capital de FAHSA, puesto que la intervención del recurrente fue certificar el acuerdo como secretario de la junta de socios, varios años antes.

UNDÉCIMO.- Decisión del Tribunal. Falta de efecto útil.

1.- El pronunciamiento por el que la Audiencia Provincial confirma la desestimación de la excepción de prescripción de la acción ejercitada contra este recurrente, aunque ciertamente hace mención al supuesto acto de gestión que dicho demandado habría realizado con posterioridad a su cese (la presentación en el Registro Mercantil de la escritura de aumento de capital), fija como momento inicial del cómputo del plazo de prescripción de la acción el de la adquisición de las acciones por parte de Dimbar Europea S.L. el 9 de marzo de 1999, al considerar que, una vez perdida la mayoría en el capital social que ostentaban los miembros de la familia Mateo Fausto, «en ese momento era posible la acción porque habría posibilidad de un ejercicio independiente de la acción social de responsabilidad».

2.- Es cierto que la mención de la sentencia recurrida al supuesto acto de rigurosa gestión que se atribuye a D. Mateo versa sobre un hecho no introducido por las partes en el litigio. También es cierto que tal afirmación se funda en un error patente en la valoración de la prueba, puesto que del documento mencionado por la Audiencia lo que resulta no es que D. Mateo hiciera un acto de gestión tras su cese como administrador, sino que la certificación del acuerdo de la junta cuya escritura de protocolización se presentó en el Registro Mercantil había sido expedida por él en un momento en que D. Mateo era administrador social.

Pero no puede revocarse el pronunciamiento desestimatorio de la excepción de prescripción porque en estos motivos no se cuestiona la verdadera razón en la que la Audiencia Provincial basó su decisión, que no es otra que la imposibilidad de ejercicio de la acción social hasta que Dimbar Europea S.L. se hizo con la mayoría del capital social.

3.- Esta razón, por otra parte, es combatida en el recurso de casación.

DUODÉCIMO.- Formulación de los motivos tercero y cuarto.

1.- El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por D. Mateo se encabeza del siguiente modo:

«Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por cuanto la sentencia infringe los artículos 216 y 218 de la LEC, al incurrir en incongruencia en sus fundamentos de derecho 21 y 22».

2.- La infracción consistiría en que no fue objeto del debate si hubo o no elusión fiscal.

3.- El cuarto motivo se inicia con este epígrafe:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por cuanto la sentencia incurre, en los fundamentos de derecho 21 y 22, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución».

4.- En el desarrollo del motivo se argumenta que afirmar que la operación inmobiliaria se realizó mediante la elusión de normas fiscales constituye una valoración arbitraria, ilógica y absurda de la prueba practicada.

DECIMOTERCERO.- Decisión del tribunal. Desestimación de los motivos.

1.- El motivo tercero de este recurso coincide sustancialmente con el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por el otro recurrente. Para evitar reiteraciones que hagan más penosa aún la lectura de esta resolución, nos remitimos a lo dicho para resolver aquel motivo en el fundamento quinto de esta resolución.

2.- Tampoco puede considerarse que tal calificación suponga una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución. Al realizar esa afirmación, la Audiencia no está valorando las pruebas para fijar los hechos cuestionados, sino que está realizando una valoración jurídica de una operación cuya realidad no resulta cuestionada, en la línea de lo argumentado en varios escritos de alegaciones, como se ha expresado anteriormente.

DECIMOCUARTO.- Formulación del quinto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El epígrafe que encabeza este motivo tiene el siguiente contenido:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por cuanto la sentencia incurre, en el fundamento de derecho 20, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del

derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución».

2.- Los argumentos que desarrollan este motivo consisten en que la afirmación de que la solicitud de suspensión de pagos se presentó como consecuencia de la despatrimonialización de la sociedad es arbitraria, ilógica y absurda porque en el acuerdo de la junta de socios que acordó la presentación de la solicitud de suspensión de pagos se atribuyó la falta de liquidez a «la actitud y el comportamiento de la gestora G.T.G, S.A.», que se habría apropiado de la facturación del hotel propiedad de la sociedad demandante y omitió el pago de las deudas de la demandante.

El segundo argumento consistiría en que la sentencia afirmó que los demandados impugnaron el acuerdo alcanzado con los acreedores en el expediente de suspensión de pagos, cuando dicha impugnación fue realizada por dos sociedades mercantiles.

DECIMOQUINTO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo.

1.- Que la valoración del tribunal sobre cuál fue la causa que motivó la presentación de la solicitud de suspensión de pagos de la demandante no coincida con la justificación que se dio en el acuerdo de la junta en que se decidió presentar la solicitud o con la justificación de la insolvencia que se dio en tal solicitud, no constituye una valoración arbitraria de la prueba.

2.- Tampoco lo constituye que se atribuya a uno de los demandados la impugnación del acuerdo alcanzado por la sociedad suspensa con sus acreedores por el hecho de que formalmente tal impugnación fuera presentada por dos sociedades mercantiles, puesto que en la demanda se explicaba que se trataba de sociedades instrumentales, cuyos créditos habían sido adquiridos por el recurrente.

DECIMOSEXTO.- Formulación del sexto motivo del recurso.

1.- Este motivo se encabeza así:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por cuanto la sentencia incurre, en el fundamento de derecho 32, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución».

2.- La infracción se habría cometido porque la Audiencia Provincial afirma que Dimbar Europea S.L. adquirió su participación en la demandante diez años antes de presentar la demanda, cuando lo cierto es que lo hizo en marzo de 1999.

DECIMOSÉPTIMO.- Desestimación del motivo. Remisión a lo anteriormente resuelto.

1.- Los argumentos que fundamentan este motivo son sustancialmente coincidentes con los que alegó el otro

recurrente para fundamentar el motivo tercero de su recurso extraordinario por infracción procesal, aunque en ese caso se utilizara otro cauce impugnatorio.

2.- Nos remitimos a lo que declaramos en los apartados 2 y 3 del fundamento séptimo, que dan respuesta a la impugnación y llevan a su desestimación.

DECIMOCTAVO.- Formulación del séptimo motivo del recurso.

1.- El séptimo y último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de D. Mateo se encabeza así:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por cuanto la sentencia incurre, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución».

2.- La vulneración consistiría en que la sentencia recurrida afirma que el ejercicio de la acción social fue aprobado por acuerdo de la junta general, cuando, en realidad, la acción social no fue correctamente ejercitada porque la junta de socios ratificó los acuerdos y actos de administración realizados por los administradores cesados.

DECIMONOVENO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo.

Si el acuerdo adoptado por la junta de socios en que se acordaba el ejercicio de la acción social fue o no correctamente adoptado, a la vista del contenido de otro acuerdo adoptado en la misma junta, es una cuestión de valoración jurídica de los acuerdos adoptados en una junta de socios, que están documentados en el acta, no de fijación de hechos con base en la valoración de pruebas, por lo que el argumento de la Audiencia Provincial que considera correctamente adoptado el acuerdo no es una valoración probatoria que pueda ser calificada como arbitraria, ilógica o absurda en el recurso extraordinario por infracción procesal. Recurso de casación de D. Mateo.

VIGÉSIMO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación interpuesto por D. Mateo.

1.- El primer motivo de este recurso de casación se encabeza así:

«Infracción del art. 949 del Código de Comercio y del art. 1969 del Código Civil».

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción ha consistido en establecer como dies a quo [día a partir del cual se computa un plazo] del plazo de prescripción de la acción de exigencia de responsabilidad a los administradores sociales, el momento en que se produce un cambio en la titularidad del capital social, de manera que los administradores demandados hayan perdido la titularidad de la mayoría del capital social y tal titularidad la

haya obtenido un nuevo socio de referencia, que impulse el ejercicio de la acción. La tesis de la Audiencia, que se funda en el art. 1969 del Código Civil, contradice la previsión del art. 949 del Código Civil, y de aceptarse, supondría asumir que mientras no cambie la identidad de los socios, la acción de exigencia de responsabilidad a los administradores sigue viva indefinidamente.

3.- El recurrente también combate la tesis de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, conforme a la cual el plazo de prescripción de la acción se inició cuando cesó el último de los administradores demandados.

VIGESIMOPRIMERO.- Decisión del tribunal. Inicio del plazo de prescripción de la acción de exigencia de responsabilidad del administrador social.

1.- La Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 no establecía plazo de prescripción de la acción de exigencia de responsabilidad al administrador social. Tampoco lo hacía el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. Es jurisprudencia unánime y pacífica (sentencia 732/2013, de 19 de noviembre, y las en ella citadas), relativa a la situación legal anterior a la ley 31/2014, de 3 de diciembre, que introdujo el art. 241.bis en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la que aplica el régimen de prescripción previsto en el art. 949 del Código de Comercio a todas las acciones de responsabilidad de los administradores basadas «en su actividad orgánica». Dicho artículo 949 del Código de Comercio comporta una especialidad respecto al dies a quo del cómputo del referido plazo de cuatro años, que queda fijado en el momento del cese en el ejercicio de la administración por cualquier motivo válido para producirlo, si bien se retrasa la determinación del dies a quo a la constancia del cese en el Registro Mercantil cuando se trata de terceros de buena fe (artículos 21.1 y 22 del Código de Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil), con fundamento en que solo a partir de la inscripción registral puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese, dado que el legitimado para ejercitar la acción no puede a partir de ese momento negar su desconocimiento. Este criterio extensivo no resulta aplicable cuando se acredita la mala fe del tercero o que el afectado tuvo conocimiento anterior del cese efectivo. Tal es el caso del ejercicio de la acción social por parte de la sociedad, pues en el caso del ejercicio de la acción por parte de la sociedad, esta ha tenido conocimiento del momento en que se ha producido el cese del administrador, sin necesidad de que conste inscrito en el Registro Mercantil.

2.- Por tanto, en cuanto al dies a quo, la regla prevista en el art. 949 del Código de Comercio había de ser aplicada con preferencia a la del art. 1969 del Código Civil.

La tesis de la Audiencia Provincial de que solo comenzaba a correr el plazo de prescripción de la acción cuando los administradores contra los que se dirigió la acción, que habían sido los únicos accionistas, dejaron de ostentar la mayoría del capital social y entró en el accionariado un

nuevo socio mayoritario, porque solo en ese momento fue posible ejercitar la acción social, es incorrecta.

3.- Tampoco es aceptable la tesis de que solo comienza a correr el plazo de cuatro años del art. 949 del Código de Comercio respecto de todos los administradores demandados, desde el cese del último de ellos. No existe ningún obstáculo para que se ejercite la acción de responsabilidad contra un administrador cesado pese a que persistan en sus cargos el resto de administradores contra los que se vaya a ejercitar la acción social de responsabilidad.

De aceptar la tesis contraria, la acción de exigencia de responsabilidad contra el administrador cesado en su cargo podría pervivir indefinidamente mientras no cesaran el resto de administradores susceptibles de ser demandados.

4.- La consecuencia de lo expuesto es que la Audiencia infringió el art. 949 del Código de Comercio al desestimar la excepción de prescripción opuesta por D. Mateo. Por tanto, la impugnación que este formuló contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia debió ser estimada.

5.- La estimación de este motivo, que conlleva la apreciación de la prescripción de la acción ejercitada contra el recurrente, hace innecesario examinar el resto de motivos de casación planteados por él.

Recurso de casación de D. Fausto.

VIGESIMOSEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación de D. Fausto.

1.- El epígrafe de este primer motivo tiene este contenido: «Infracción de los artículos 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en relación con el art. 2.3 del Código Civil y del art. 9.3 de la Constitución Española, la Disposición Derogatoria de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto Legislativo que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2010».

2.- En el desarrollo de este motivo se alega, en primer lugar, que se ha infringido el art. 2.3 del Código Civil al haber aplicado retroactivamente el régimen de responsabilidad del administrador social establecido en los arts. 133 y 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y en los arts. 236 y 238 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, a unos hechos acaecidos en 1988, antes de la entrada en vigor de estas normas. Por tanto, el régimen legal aplicable debería ser el de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.

3.- A continuación, se argumenta que no concurren los requisitos exigidos por el art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 para exigir la responsabilidad del

administrador social, puesto que no concurrió el elemento de culpabilidad exigido en esa norma ni el elemento del daño, pues el reparto entre los accionistas de los beneficios de la transmisión de los terrenos que eran propiedad de FAHSA no constituyó un «expolio» a la sociedad.

VIGESIMOTERCERO.- Decisión del tribunal (I). No procede aplicar retroactivamente el régimen legal de la responsabilidad de los administradores sociales del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 a actuaciones de los administradores realizadas antes de su entrada en vigor.

1.- No resulta del todo claro si la Audiencia Provincial, para resolver la pretensión de la sociedad demandante, que ha ejercitado una acción social de responsabilidad contra los antiguos administradores, ha aplicado la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 en su redacción original o en la resultante de la reforma llevada a cabo por la Ley 19/1989, de 25 de julio, cuya redacción de los arts. 79 y 80 pasó sin apenas modificaciones a los arts. 133 y 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Pero en algunos de sus pasajes se afirma que se está aplicando este último régimen legal en virtud de una retroactividad débil que se le atribuye.

2.- La sentencia de la Audiencia Provincial declara que el Tribunal Constitucional, al interpretar el art. 9.3 de la Constitución, ha limitado el alcance del principio de irretroactividad pues ha afirmado que no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y para el futuro situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, ya que una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución Española, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas. Lo que prohíbe el artículo citado es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad. La prohibición de la retroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas, concluye la Audiencia.

3.- La argumentación de la sentencia recurrida no es correcta. El art. 9.3 de la Constitución vincula fundamentalmente al legislador, puesto que impide que las disposiciones de Derecho transitorio de una ley le otorguen una eficacia retroactiva si contiene disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

El juez ha de atender fundamentalmente a las disposiciones de Derecho transitorio que se contengan en una ley y, de no existir, a las normas que con carácter general regulan las cuestiones de Derecho transitorio, esto es, de los efectos de

la sucesión de normas en el tiempo, fundamentalmente el art. 2.3 y las disposiciones transitorias del Código Civil. Si una determinada ley no contiene ninguna norma específica sobre Derecho transitorio, el juez ha de negarle efecto retroactivo en virtud de lo dispuesto en el art. 2.3 del Código Civil.

Solo si el régimen de Derecho transitorio previsto en una ley otorga a esta un cierto efecto retroactivo, el juez habrá de tomar en consideración lo previsto en el art. 9.3 de la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional que lo desarrolla, a efectos de realizar una interpretación de esa norma de Derecho transitorio que sea conforme con la Constitución. Si la regulación sobre Derecho transitorio contenido en una ley es incompatible con el art. 9.3 de la Constitución y no es posible realizar una interpretación conforme a esta, debe plantear la cuestión al Tribunal Constitucional.

En el caso del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, este no contiene ningún régimen específico de Derecho transitorio y se limita a indicar su fecha de entrada en vigor. La Ley 19/1989, de 25 de julio, sí contenía algunas normas de Derecho transitorio, pero ninguna afectaba al régimen de responsabilidad de los administradores establecido en los arts. 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que reformaba. Por tal razón, debe aplicarse la previsión del art. 2.3 del Código Civil y negar eficacia retroactiva a la nueva redacción de esos preceptos legales reguladores de la responsabilidad de los administradores.

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial también afirma que la jurisprudencia de esta sala ha admitido la retroactividad de la Ley no solo cuando haya una previsión específica que le otorgue tal efecto retroactivo, sino también cuando este efecto se pueda deducir del sentido de la Ley y resulte patente el propósito del legislador, pues «el Tribunal Supremo admite la posibilidad de la aplicación retroactiva de las leyes nuevas en los casos de disposición expresa de la ley, cuando se desprenda ello del propio contenido de la nueva norma y, lo que es aplicable al caso, cuando sean interpretativas, complementarias o ejecutivas de una ley principal».

5.- Es cierto que esta sala ha declarado que si bien el art. 2.3 del Código Civil dispone que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, la regla *tempus regit actum* (esto es, que los actos se rigen por el Derecho vigente en el momento en que se produjeron) que establece ese precepto tiene diversas excepciones y entre ellas está que se trate de normas interpretativas o aclaratorias. Así lo hemos declarado en las sentencias 725/2009, de 18 de noviembre, y 791/2010, de 13 de diciembre, y en las en que en ellas se citan. Pero no es ese el caso de la regulación de la responsabilidad del administrador social en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. Como la propia sentencia de la Audiencia Provincial recoge, este texto refundido sirvió para trasponer al Derecho interno las

Directivas comunitarias vigentes en materia de sociedades mercantiles, lo que supuso una modificación sustancial en el régimen de la responsabilidad del administrador social. Mientras que en el régimen de la redacción original de la ley de 1951, el administrador social respondía frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave (art. 79), en la reforma de dicho precepto llevada a cabo por la Ley 19/1989 y en el art. 133 del texto refundido de 1989, se estableció que «los Administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo». El régimen de responsabilidad del administrador se agravó considerablemente, pues además de los casos de malicia, abuso de facultades y culpa grave, se incluyeron, como determinantes de la responsabilidad del administrador, los supuestos de culpa leve o levisima.

Por tanto, no puede otorgarse a la regulación legal de la responsabilidad del administrador contenida en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 el carácter de normas interpretativas o aclaratorias del régimen de responsabilidad contenido en la ley de 1951.

6.- La consecuencia de lo expuesto es que la regulación aplicable para resolver la pretensión formulada es la contenida en la Ley de 1951 anterior a la reforma operada por la Ley 19/1989, por cuanto que todas las actuaciones de los administradores sociales a las que se atribuye incidencia causal en un daño patrimonial a la sociedad tuvieron lugar durante su vigencia, en concreto, en el año 1988, sin perjuicio de que los efectos perduraran tras la entrada en vigor del nuevo régimen legal, al que no puede otorgarse eficacia retroactiva.

VIGESIMOCUARTO.- Decisión del tribunal (II). La pretensión de acogerse al régimen fiscal más favorable previsto en la ley en la transmisión de bienes sociales no constituye una acción maliciosa o gravemente culposa.

1.- En la propia demanda se explica que la transmisión de las parcelas que eran propiedad de FAHSA a través de una compleja operación tuvo por finalidad aprovecharse del régimen fiscal previsto en la legislación vigente en aquel momento (en concreto, en el apartado A del núm. 8 del artículo 20 de la Ley 44/78), que eximía de tributación las cesiones de los derechos de suscripción preferente. De ahí que la transmisión de las parcelas se articulara a través de una serie de operaciones en las que los compradores pagaban su precio fundamentalmente a través del pago de la cesión de los derechos de suscripción preferente del aumento de capital de la sociedad, Hotel Golf Descubrimiento S.A., a la que, por un precio sensiblemente menor, se transmitían las parcelas, cuyos socios, a quienes se pagó el precio de la cesión de los derechos de suscripción preferente que les correspondían en el aumento de capital, eran los mismos que los de la sociedad transmitente, FAHSA.

2.- Que posteriormente las autoridades tributarias no dieran a la operación el trato tan favorable que habían pretendido los demandados, porque la Agencia Tributaria consideró que la primera operación de transmisión era una operación vinculada que debía tributar por el valor real de lo transmitido (que, aun así, fue tasado en un valor inferior al precio realmente pagado por los derechos de suscripción preferente sobre el aumento de capital de la sociedad adquirente), no constituye un daño para el patrimonio social causado por malicia o negligencia grave, tal como exigía el art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 en su redacción anterior a la Ley 19/1989.

3.- Además de lo anterior, que los beneficios obtenidos por una sociedad sean repartidos entre sus socios no constituye un «expolio» al patrimonio social, como de un modo simplista se contempla en la demanda y se acepta por la Audiencia Provincial.

Las sociedades mercantiles son entidades con ánimo de lucro en las que sus socios buscan la obtención de un lucro personal, que pueden obtener porque los beneficios obtenidos por la sociedad den lugar al reparto de dividendos, o porque, de no repartirse esos dividendos, el valor de su participación en el capital social aumente proporcionalmente y obtengan la plusvalía correspondiente si deciden enajenar sus acciones o sus participaciones.

No es admisible que se presente como un daño al patrimonio social que los beneficios obtenidos por la sociedad se hayan hecho llegar a todos sus socios, ni que cuando cambia la composición del accionariado, los nuevos accionistas, que han adquirido su participación en el capital social por un precio acorde al valor que tenía el patrimonio social una vez que esos beneficios habían sido repartidos a los socios, acuerden que la sociedad ejercite una acción social en la que se reclame, como reparación del daño a la sociedad, que se reintegren a esta los beneficios obtenidos por los socios, catorce años antes en el caso de este litigio.

4.- Por último, la decisión de repartir entre todos los que en aquel momento eran socios el beneficio obtenido por la sociedad, siquiera sea de una manera atípica, para beneficiarse de un régimen fiscal favorable, no es tanto una decisión propia de la actuación orgánica de los administradores sociales como una decisión de los socios. Dado que en aquel momento existía una coincidencia entre unos y otros, pues los tres únicos socios eran a su vez los tres administradores sociales, lo que de irregular pudiera haber existido en la decisión de enajenar las parcelas propiedad de la sociedad del modo en que se hizo para que los socios pudieran repartirse los beneficios obtenidos por la sociedad con la menor carga fiscal, no es tanto un ilícito orgánico atribuible a los administradores como una decisión adoptada por los socios.

5.- Por estas razones, este motivo de casación debe ser estimado, lo que excusa de entrar a analizar el resto de motivos formulados. La sentencia de la Audiencia Provincial

debe ser revocada, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia debe ser confirmada».

AUTO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2907/2015] DE 17 DE ENERO DE 2018 [Ponente: Francisco Marín Castán]

El recurso de casación incurre en causa de inadmisión dado que la resolución del problema jurídico planteado -interpretación contractual- depende de las circunstancias concurrentes en el caso, por lo que corresponde al tribunal de instancia, sin que la interpretación realizada por dicho tribunal pueda considerarse contraria a las normas legales, ilógica o arbitraria.

« [...] la demandada y apelante ha interpuesto el recurso de casación en la modalidad de interés casacional por oposición a la doctrina de la sala, con cita de la STS de 13 de septiembre de 2013. El recurso de casación se articula en un único motivo, que se desarrolla mediante varias alegaciones.

El motivo, en su primera alegación, se funda en la infracción del art. 126.1.a) de la Ley 16/1987 de Ordenación de Transportes Terrestres, en cuanto a las funciones de la transitaria, que, de acuerdo al recurso, son la contratación en nombre propio con el transportista, como cargador, de un transporte que, a su vez, hayan contratado en nombre propio, con el cargador efectivo, ocupando frente a éste la posición de transportista.

En segundo lugar, el recurso aduce que, al tratarse de un contrato de transporte, resulta aplicable el art. 951 CCo.

TERCERO. El recurso de casación incurre en las causas de inadmisión que se pasan a exponer:

1. El recurso incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.º LEC), y en la prevista en el artículo 483.2.2.º LEC de falta de cumplimiento en el escrito de interposición de los requisitos establecidos para los distintos casos .

El recurso incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.º LEC), y en la prevista en el artículo 483.2.2.º LEC de falta de cumplimiento en el escrito de interposición de los requisitos establecidos para los distintos casos .

Así, la forma y estructura elegida por el recurrente no cumple con los requisitos de claridad y precisión que exige tanto el acuerdo como la doctrina jurisprudencial para los recursos extraordinarios, tal y como señala la STS 546/2016, de 16 de septiembre (rec. 898/2013) cuando afirma que:

«[...]El recurso de casación exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 LEC), lo que se traduce, no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones,

sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 LEC); la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (art. 481.1 LEC); y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida. Por ello, esta Sala ha declarado de forma reiterada que la imprescindible claridad y precisión del recurso de casación, implícitamente exigidas en el citado art. 477.1 LEC, exigen una estructura ordenada que posibilite un tratamiento separado de cada cuestión, con indicación de la norma sustantiva, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo o el principio general del Derecho infringidos. Y además, que el recurrente argumente la infracción con razonable claridad para permitir la individualización del problema jurídico planteado, de tal forma que no cabe una argumentación por acarreo que se limite a la genérica afirmación de que la sentencia yerra en la decisión de los extremos que se indican, quizás admisible en las instancias, pero inadecuada en la casación[...].».

Estas exigencias no se respetan. El motivo adolece de falta de claridad, ya que la parte recurrente cita de forma heterogénea la vulneración de diversos preceptos, como el art. 126.1.a) de la Ley 16/1987 de Ordenación de Transportes Terrestres, y el art. 951 CCo, además de que tales infracciones legales denunciadas quedan diluidas en una serie de alegaciones en que se mezcla lo fáctico y lo jurídico, y no se delimita como se debiera los contornos precisos de la infracción denunciada.

2. En cualquier caso, el recurso de casación incurre en la causa de inadmisión de depender la resolución del problema jurídico planteado -interpretación/calificación contractual- de las circunstancias concurrentes en el caso y no ser la interpretación o calificación llevada a efecto ilógica, absurda, arbitraria o contraria a la ley (art. 483.2.4.º LEC).

Debe recordarse la reiterada jurisprudencia de esta sala que tiene establecido que la interpretación y calificación del contrato por el tribunal de instancia ha de respetarse en casación, salvo que sea ilógica, absurda o irrazonable, no siendo admisible articular un motivo de casación para proponer una interpretación pura y simplemente distinta que interese a la recurrente, no bastando por ello con exponer una interpretación que convenga a los intereses de la parte al margen de la literalidad del contrato y el resultado probatorio, no pudiendo en consecuencia ser amparada una alegación puramente voluntarista de la parte, sosteniendo una interpretación simplemente distinta, pues ello contradice la función propia del recurso de casación, no pudiéndose admitir un recurso de casación para proponer una interpretación subjetiva del recurrente al margen de la valoración de la prueba, pues los presupuestos fácticos sobre los que se apoya la interpretación de los contratos, son inalterables en la casación.

Es constante doctrina de esta sala, reiterada, entre las más recientes, por la sentencia 71/2016, de 17 de febrero, que declara que:

«[...]La interpretación del contrato es función que corresponde al tribunal de instancia, de tal manera que, además de exigir la invocación como infringido de alguno o algunos de los preceptos que contienen las reglas de interpretación contractual -lo que no ha sido el caso-, su revisión solo será posible cuando la realizada por el tribunal sentenciador sea contraria a las normas legales, ilógica o arbitraria, sin que pueda instrumentarse el recurso de casación para conseguir una interpretación distinta, más favorable al recurrente, si la contenida en la sentencia es una de las posibles, ya que "el único objeto de discusión a través del recurso de casación sobre la interpretación contractual, no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Por ello, salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud" (SSTS de [...] 14 de mayo de 2014, rec. 1171/2012, 4 de noviembre de 2014, rec. 2841/2012, 21 de mayo de 2015, rec. 1856/2013, 25 de junio de 2015, rec. 2868/2013, y 29 de junio de 2015, rec. 1246/2013, entre otras muchas[...]).».

A este respecto, tanto la sentencia recurrida como la de segunda instancia califican la relación contractual habida entre las partes de comisión mercantil y, en concreto, la sentencia recurrida valora que el objeto social establecido en los estatutos sociales, esto es, "la prestación de servicios auxiliares propios del sector de transporte terrestre (excluido el transporte de mercaderías mediante vehículos), como gestiones y trámites en todo tipo de negocios relativos al transporte; y la logística propia del sector del transporte. La prestación de servicios de asesoramiento, tramitaciones y gestiones relativas con el comercio interior y exterior", como también las declaraciones practicadas y la demás documental, como el conocimiento de embarque. Es por ello que, en el presente caso, no puede decirse que la interpretación y calificación contractual efectuada por la Audiencia Provincial resulte contraria a la lógica, absurda o irracional, ni que haya vulnerado las normas hermenéuticas aplicables al supuesto».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2202/2015] DE 18 DE ENERO DE 2018 [Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas]

Nulidad de un contrato de swap por error vicio del consentimiento: aplicación de la jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Antes de la incorporación de la normativa MiFID, la legislación española ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este

tipo de productos. Constituye doctrina jurisprudencial la que considera que un incumplimiento de los deberes de información en cuanto a los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo; bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

« [...] La demanda se formula por cuatro personas físicas frente al banco (Banco de Santander), instando la nulidad de un swap, suscrito el 15 de mayo de 2007, por error vicio del consentimiento. (También se planteó la resolución, pero este tema no se trae a casación).

2.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad del contrato por error vicio. En lo esencial, en esta sentencia se declara que no está acreditado que el demandante que negoció con el banco en representación de todos ellos (minoristas, sin experiencia) fuera adecuadamente informado de los riesgos.

3.- La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación del banco demandado y desestimó la demanda.

Esta sentencia, en lo esencial, excluyó el error tomando en consideración la cláusula predispuesta sobre el riesgo y la declaración del demandante que negoció con el banco (Incide especialmente en su falta de diligencia porque ha reconocido haber leído la cláusula predispuesta sobre el riesgo pero pensó que el producto era adecuado para ellos y no dio importancia a las primeras liquidaciones negativas. Solo cuando, tras un año de pequeñas liquidaciones negativas y unas liquidaciones posteriores positivas, se iniciaron liquidaciones negativas importantes).

SEGUNDO .- Hechos no controvertidos .

1.- El 15 de mayo de 2007 las partes firman una orden de contratación de permuta financiera de interés, en la misma notaría en que se suscribía el préstamo hipotecario.

2.- Días después el director del banco se desplazó al horno de pan de los demandantes para que suscribieran el contrato.

3.- La negociación por parte de los demandantes la hizo D. Carlos Ramón (ingeniero técnico), sin que le conste experiencia financiera.

4.- Los demandantes son titulares de un negocio de panadería.

5.- No se efectuó test de idoneidad o conveniencia, si bien no era obligatorio en aquella época.

6.- No consta información precontractual por escrito.

7.- Los demandantes carecen de experiencia en productos financieros complejos.

8.- No consta información escrita de escenarios sobre los efectos de una cancelación anticipada.

TERCERO .- Motivos primero, segundo y tercero.

1.- Motivo primero. Infracción de los arts. 78 y 79 Ley 24/1988, del Mercado de Valores y arts. 1 , 2 , 4 y 5 del RD 629/1993 . La incorrecta aplicación de dicha normativa, lleva como consecuencia la incorrecta aplicación consecuentemente de los arts. 1265 , 1266 y 1300 del Código Civil, sobre la valoración del error en el consentimiento y su excusabilidad.

Petición que se formula: Que en base al criterio doctrinal de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, se declare que la sentencia de apelación infringe o no tiene en cuenta la normativa relacionada (indebida aplicación o aplicación errónea), y en concreto estos artículos de destacada importancia, y en relación con él dictándose nueva sentencia por la que estime la demanda rectora interpuesta por D. Carlos Ramón , Dña. Vanesa , D. Leovigildo, Dña. Belinda y D. Romualdo, contra Banco Santander, S.A., más intereses legales y costas.

2.- Motivo segundo. Infracción de los arts. 1265, 1266 y 1300 del CC, en relación con los arts. de la Ley del Mercado de Valores y demás normativa mencionada con anterioridad. Error en el consentimiento de los demandantes y excusabilidad del mismo.

Petición que se formula: Que en base al criterio doctrinal de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, se declare que la sentencia de apelación infringe o no tiene en cuenta la normativa relacionada (incorrecta aplicación), y en concreto estos artículos de destacada importancia, en relación con los artículos de la Ley del Mercado de Valores y demás normativa mencionada con anterioridad, lo que incide directamente sobre el error en el consentimiento de mis mandantes, y a la excusabilidad del mismo, debiendo dictarse nueva sentencia por la que estime la demanda rectora interpuesta por D. Carlos Ramón, Dña. Vanesa, D. Leovigildo, Dña. Belinda y D. Romualdo, contra Banco Santander, S.A..

3.- Motivo tercero. Excepción de notoriedad siendo manifiestamente notorio la existencia de numerosa jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre los problemas jurídicos planteados en este recurso, contra la misma entidad y mismo contrato de autos.

Desarrollo. En el acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha 30 de diciembre de 2011, a raíz de la Ley 31/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, en lo concerniente a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, en el apartado III, respecto al interés

casacional, cuando se refiere a los supuestos en que se produce tal motivo, se advierte una excepción, que se introduce según el siguiente literal: «Es admisible el recurso de casación cuando, a criterio de la Sala Primera del TS, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre el problema jurídico planteado. Para ello es necesario que el problema jurídico haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre las AAPP mediante la cita de sentencias contrapuestas».

CUARTO .- Causas de inadmisibilidad.

Deben rechazarse dado que:

1.º- En el recurso se expresan con claridad los preceptos infringidos.

2.º- Se desarrolla en cada motivo la causa de la infracción, si bien con innecesaria extensión.

3.º- Con claridad se expresa la doctrina jurisprudencial que se pretende, que con posterioridad al recurso se ha visto ratificada en diversas sentencias que luego se citarán.

4.º- No se pretende la variación de los hechos probados, sino el análisis de los preceptos infringidos en relación con la obligación legal de facilitar información completa a los inversores minoristas.

QUINTO .- Decisión de la sala.

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente.

De la redacción de las cláusulas se deduce la complejidad del producto y la difícil comprensión del mismo.

El hecho de ser empresario no faculta sin más para el conocimiento y comprensión de un clausulado tan opaco en su desarrollo.

Examinados los contratos no estamos ante un sistema de compensación de riesgos sino de un contrato aleatorio, que no pretende compensar sino abonar cantidades en función de circunstancias no previsibles, o inciertas, al menos para el prestatario.

La Ley de Mercado de Valores no excluye de su protección al empresario pues la disyuntiva no es consumidor o profesional, sino meramente la de inversor profesional o no.

SEXTO .- Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al derecho español de la normativa MIFID.

1.- La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas:

la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del texto refundido de dicha ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

SÉPTIMO.- Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (sentencias de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las sentencias 384 y 385/2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 562/2016, de 23 de septiembre; 595/2016, de 5 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; y 727/2016, de 19 de diciembre).

2.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos. En particular, consta que la información escrita precontractual facilitada brilló por su ausencia.

Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las

cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la sentencia del pleno de esta Sala 1.ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que el banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

4.- La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5.- Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y, asumiendo la instancia, confirmar la sentencia de 20 de junio de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Picassent (arts. 1300 y 1301 del C. Civil).