

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 76

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

TRIBUNAL SEPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2267/2015] DE 14 DE FEBRERO DE 2018 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Teoría general de las obligaciones y los contratos. Contrato de compraventa de parcela: determinación del plazo de entrega y arbitrio del vendedor. No puede haber arbitrio de una de las partes en el cumplimiento del contrato cuando de la valoración causal del mismo se desprende que la parte que lo alega tenía reconocida, expresamente, la posibilidad de realizar el cumplimiento desde su propia esfera de actuación. En todo caso, la pretensión resolutoria debe sustentarse en un interés jurídicamente atendible, esto es, que no sea constitutiva de una pretensión abusiva o contraria al principio de buena fe contractual, de acuerdo con la naturaleza y contenido de la relación negocial programada y al desenvolvimiento de la ejecución o cumplimiento. Voto particular: no es un contrato con negociación sino un contrato con condiciones generales predisuestas por la vendedor: no puede considerarse correctamente determinada la fecha en que el predisponente ha de cumplir con su prestación cuando esa fecha depende de circunstancias que quedan al puro arbitrio del predisponente o que dependen de la diligencia que observe en su conducta. Además, cuando la ambigüedad respecto de la entrega de la cosa vendida no responde al interés de la compradora o de ambas partes, la oscuridad que supone este tipo de condiciones generales no puede beneficiar al predisponente que la ha provocado.

«El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación de un contrato de compraventa de parcela en relación a la determinación del plazo establecido para su entrega y el arbitrio del vendedor en el cumplimiento obligacional del mismo (1256 del Código Civil).

2. En el contrato privado objeto de esta litis, de 10 de febrero de 2006, la cláusula objeto de la cuestión planteada, presenta el siguiente tenor:

« [...] TERCERA.- ENTREGA DE LA FINCA Y OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA. La parcela se entregará dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que concluyan las obras de urbanización total o parcialmente de forma que la parcela cuente con todos los servicios.

»La entrega de la finca se hará coincidir con la firma de la escritura pública de compraventa, que deberá otorgarse en la fecha establecida por Urbiespar, S.L. en la comunicación que dirija a tal efecto al comprador. No obstante, cuando por causa justificada no pueda el comprador comparecer en la fecha establecida por el vendedor, deberá notificarlo así y fijar otra fecha dentro de los diez días siguientes para su otorgamiento.

»No obstante podrá el comprador solicitar su entrega y el otorgamiento de la escritura pública antes de la conclusión de las obras de urbanización, siempre que haya abonado la totalidad del precio. En este caso el vendedor asumirá el pago de los costes de urbanización. El comprador podrá interesar del Ayuntamiento licencia de obras para construir al mismo tiempo que se ejecuta la urbanización, siempre que cumpla los requisitos legalmente previstos y aporte el aval que le pueda exigir, asumiendo igualmente la responsabilidad de reponer la urbanización que se vea afectada por la construcción que ejecute».

3. En síntesis, la entidad Disbromant, S.L., compradora y aquí recurrida, interpuso contra la entidad Urbiespar, S.L., vendedora y aquí recurrente, una demanda en la que solicitaba que se declarase la resolución del contrato de compraventa suscrito y, en consecuencia, se condenara a la vendedora a la devolución de la cantidad anticipada como parte del precio (44.449,72 euros), más un 10% adicional de dicha suma en concepto de daños y perjuicios

convenidos en el contrato. Justificaba sus pretensiones con base en el incumplimiento grave de la vendedora por retraso en la entrega de la parcela objeto de venta (4 años y 4 meses desde la concesión de la licencia o aprobación del proyecto de ejecución), pues dicho plazo no podía quedar al arbitrio de una de las partes contratantes.

La vendedora se opuso a la demanda y formuló demanda reconvenional en la que, sobre la base del incumplimiento de la compradora, solicitaba el cumplimiento del contrato, así como el pago de los daños y perjuicios previstos contractualmente.

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de la compradora y estimó íntegramente la demanda reconvenional de la vendedora. En este sentido consideró lo siguiente:

«[...] En el presente caso, resulta especialmente llamativo que pese al supuesto incumplimiento esencial de la vendedora motivado por el retraso en la entrega del inmueble, invocado por la compradora como elemento legitimador de su voluntad resolutoria, no exista constancia en las actuaciones de requerimiento alguno en dicho sentido cursado por la compradora a la vendedora supuestamente incumplidora, anterior al librado por ésta a fin de dar cumplimiento a lo pactado, de fecha 15 de Marzo, de 2010 referido ut supra, cuyo desconocimiento no puede ser válidamente invocado con base en el principio de Buena Fe contractual, que informa el cumplimiento de obligaciones conforme al art. 1258 CC, toda vez que fue remitido al domicilio en que la compradora sitúa su domicilio social en el acta de requerimiento remitida a la vendedora de fecha 15 de Abril de 2010 a que se ha hecho referencia con anterioridad.

»Dicho hecho, unido a la desatención por parte de la entidad compradora, relativa a los requerimientos posteriores efectuados por la vendedora Urbiespar S.L. a fin de dar cumplimiento a lo pactado, evidencian un palmario abandono por parte de la compradora Disbromant S.L. respecto de las obligaciones de pago asumidas, con la vendedora Urbiespar S.L., por lo que no existiendo prueba alguna en los Autos que permita concluir, ni tan siquiera indiciariamente, que el cumplimiento de la obligación de entrega del inmueble resultara imposible para la vendedora en el momento de las distintas convocatorias notariales remitidas a la demandada, no cabrá otra solución que la de estimar la pretensión de la referida vendedora,

con base en lo dispuesto en el art. 1091 CC. y concordantes, con expresa desestimación de la demanda formulada de contrario que origina las presentes actuaciones, declarando haber lugar a la condena de la citada entidad Disbromant S.L., a fin de dar cumplimiento al contrato suscrito con la entidad Urbiespar S.L., así como al abono de la cantidad solicitada en concepto de indemnización por perjuicios, la cual se considera objetivada contractualmente y conforme con el principio de libertad de pacto».

5. Interpuesto recurso de apelación por la compradora, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso y revocó la sentencia de primera instancia. En este sentido, consideró lo siguiente:

»[...] Que, estimando el recurso de apelación interpuesto y revocando la Sentencia que, con fecha 17 de enero de 2014, dictó el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, en los autos de juicio ordinario núm. 1136/10 de que el presente rollo dimana, debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de compraventa que celebraron Disbromant, S.L., como compradora y Urbiespar, S.L., como vendedora, condenando a esta a la devolución a aquélla de la suma de 49.257,69 euros que entregó a cuenta del precio, con los intereses legales de la misma, desde la fecha de presentación de la demanda, así como al pago de las costas causadas en la primera instancia, sin que se haga imposición, en cambio, de las de esta alzada.

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

SEGUNDO.-Compraventa de parcela. Interpretación del contrato. Determinabilidad del plazo de entrega y ausencia de arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 del Código Civil). Improcedencia de la resolución contractual (art. 1124 del Código Civil). Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La vendedora, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por oposición a la jurisprudencia de esta sala, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo la vendedora denuncia la infracción de los arts. 1281, 1258, 1256 y 1124 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial establecida por esta sala en las sentencias de 12 de julio de 2013, 15 de julio de 2013 y 19 de mayo de 2014. Todo ello con relación a la interpretación de la cláusula objeto de la litis respecto

de la determinabilidad del plazo, la ausencia de arbitrio de uno de los contratos y la restitución contractual por incumplimiento de la compradora.

2. El motivo debe ser estimado.

Con carácter previo debe destacarse que esta sala, en sus sentencias 461/2013 de 12 de junio, 465/2013, de 15 de junio y 248/2014, de 29 de mayo, ya se ha pronunciado sobre la cuestión objeto de esta litis. Así, en la sentencia 465/2013, de 15 de julio se declaraba lo siguiente:

«[...] En efecto, en relación al análisis de la cuestión de fondo, determinante de la ratio decidendi (razón de la decisión) del presente caso, la citada sentencia de esta Sala ya declaró que aunque no cabe duda que nuestro Código Civil, artículos 1261 en relación con los artículos 1271, 1272 y 1273, no obstante, y en esta misma línea, la interpretación de los citados preceptos permite concluir, sin especial dificultad, que dicho presupuesto se considera cumplido tanto si el objeto se encuentra determinado en todos sus extremos, como si su concreción se produce conforme a criterios de determinabilidad que operen dicho resultado sin necesidad de subsanación o de la realización de un nuevo convenio a tal efecto (STS 11 de abril de 2013, nº 221/2013). Dicha consecuencia viene además reforzada por la aplicación del principio de conservación de los contratos que esta Sala toma en consideración no sólo como criterio interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS de 15 de enero de 2013, nº 827/2013).

»En el presente caso, al igual que el de referencia, estipulación tercera del contrato privado de compraventa, conforme a la interpretación gramatical referida al "sentido literal" que dispone el artículo 1281 del Código Civil, como criterio impulsor del fenómeno interpretativo, entre otras, sentencia de esta Sala de 18 de mayo de 2012, nº 294/2012, la determinación del plazo de entrega, pese a no establecerse como una fecha concreta o término esencial al respecto, quedó configurado con un criterio claro de determinabilidad: "a los dos meses siguientes a la fecha en que concluyan las obras de urbanización total o parcialmente de forma que la parcela cuente con todos sus servicios", todo ello conforme al desenvolvimiento de los proyectos de urbanización y reparcelación previstos.

»A su vez, y a mayor abundamiento, la propia interpretación sistemática de la citada cláusula

(párrafo último) despeja toda incertidumbre acerca de la determinabilidad del plazo de entrega, al permitir al comprador anticiparlo a la conclusión de las obras de urbanización con la carga de abonar la totalidad del precio pactado. La valoración interpretativa del contrato, conforme también al principio de buena fe contractual (1258 del Código Civil), resulta concluyente tanto en orden a la determinabilidad del plazo establecido, como también en la ausencia, dadas las posibilidades de actuación ofrecidas al comprador, del arbitrio del vendedor en orden al cumplimiento de la obligación misma de la entrega de la parcela (artículo 1256 del Código Civil).

» Lo anteriormente expuesto condiciona el alcance del pretendido retraso en su consideración de incumplimiento resolutorio del artículo 1124 del Código Civil que, en todo caso, tal y como alega la parte recurrente, no procede declararse de un modo automático, pues al igual que ocurre con el mero retraso, ya en el pago o en la entrega de la cosa, la pretensión resolutoria debe de sustentarse en un interés jurídicamente atendible, esto es, constatable en una pretensión no abusiva o contraria al principio de buena fe contractual, conforme a la naturaleza y alcance de la relación negocial programada, y al desenvolvimiento y ejecución del contenido contractual establecido (STS de 28 de junio de 2012, nº 440/2012). Cuestión que en el presente caso no se da habida cuenta de la propia determinación del plazo en el contexto señalado, de la falta de esencialidad en relación a la frustración del fin práctico del contrato celebrado y, sobre todo, de las propias prerrogativas dispuestas a favor del comprador para operar dicha entrega».

En el presente caso, dada la identidad de la cuestión objeto de la litis, con las resuelta en las sentencias indicadas, la doctrina jurisprudencial expuesta no debe ser modificada.

En primer lugar, porque la razón de fondo para apreciar la falta del arbitrio de uno de los contratantes permanece incólume también en el presente caso. En este sentido, por definición, no puede haber arbitrio de una de las partes en el cumplimiento del contrato cuando de la valoración causal del mismo se desprende que la parte que lo alega tenía reconocida, expresamente, la posibilidad de realizar el cumplimiento desde su propia esfera de actuación. Supuesto del presente caso, en donde el comprador, al margen de las facultades que le asisten de cara a la mora o al cumplimiento tardío de la obligación, pudo,

si así lo hubiese querido, anticipar el plazo de entrega para asumir el proceso de urbanización de la parcela. Alternativa que resultaba equilibrada para sus intereses, pues si bien tenía que pagar el resto del precio no anticipado, el vendedor asumía el pago de los costes de urbanización que fueran necesarios.

En segundo lugar, porque la argumentación que sustenta la sentencia recurrida para justificar su decisión discordante con las sentencias de esta sala, tampoco resulta correcta o acertada.

En efecto, la sentencia recurrida considera que, a diferencia de los otros casos resueltos, las circunstancias del presente caso, especialmente el largo tiempo transcurrido desde que se celebró el contrato, hasta que fue instada la resolución por la compradora, justifica que el retraso producido sea calificado de esencial.

Dicho argumento es incorrecto por las siguientes razones.

En primer lugar, tal y como destaca la sentencia de primera instancia, y como expresamente se desarrolla en las sentencias citadas de esta sala, porque la pretensión resolutoria del art. 1124 del Código Civil debe sustentarse en un interés jurídicamente atendible, esto es, que no sea constitutiva de una pretensión abusiva o contraria al principio de buena fe contractual; conforme a la naturaleza y contenido de la relación negocial programada y al desenvolvimiento de la ejecución o cumplimiento. Condición que de un modo claro no se da en el presente caso, en donde la compradora, contrariamente al principio de buena fe, insta la resolución contractual cuando la vendedora precisamente le ofrece el cumplimiento de lo pactado en el contrato. Sin que con anterioridad a dicho ofrecimiento, se haya producido requerimiento alguno de la compradora acerca de la transcendencia del retraso producido, ni haya atendido los requerimientos posteriores que le hizo la vendedora a los efectos de dar cumplimiento a lo pactado.

En segundo lugar, porque las posibles deficiencias de determinados aspectos que pudiera presentar la urbanización de la parcela, si bien puede justificar el rechazo de la compradora a aceptar la entrega de la misma, no comporta per se la resolución automática de la relación contractual; máxime cuando el mismo contrato prevé que dicha entrega, aunque no reúna todas las condiciones programadas, pueda anticiparse a los efectos de que la compradora asuma

directamente la gestión de la urbanización resultante de la parcela.

[...]

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Rafael Saraza Jimena

Discrepo respetuosamente de la opinión mayoritaria de la sala expresada en la sentencia. Expongo a continuación las razones de mi discrepancia.

1.-La sentencia mayoritaria considera que el contrato predispuesto por la vendedora prevé el momento en que la vendedora debe cumplir su prestación porque ese momento «quedó configurado con un criterio claro de determinabilidad: "a los dos meses siguientes a la fecha en que concluyan las obras de urbanización total o parcialmente de forma que la parcela cuente con todos sus servicios", todo ello conforme al desenvolvimiento de los proyectos de urbanización y reparcelación previstos».

La sentencia mayoritaria también afirma que el contrato «despeja toda incertidumbre acerca de la determinabilidad del plazo de entrega, al permitir al comprador anticiparlo a la conclusión de las obras de urbanización con la carga de abonar la totalidad del precio pactado».

Y añade: «La valoración interpretativa del contrato, conforme también al principio de buena fe contractual (1258 del Código Civil), resulta concluyente tanto en orden a la determinabilidad del plazo establecido, como también en la ausencia, dadas las posibilidades de actuación ofrecidas al comprador, del arbitrio del vendedor en orden al cumplimiento de la obligación misma de la entrega de la parcela (artículo 1256 del Código Civil)».

2.-Discrepo de estas afirmaciones y considero que no se acomodan a las exigencias derivadas de los arts. 1256, 1258 y 1288 del Código Civil y 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ni son acordes con la jurisprudencia de esta sala.

3.-En primer lugar, no puede considerarse correctamente determinada la fecha en que el predisponente ha de cumplir con su prestación cuando esa fecha depende de circunstancias que quedan al puro arbitrio del predisponente o que dependen de la diligencia que observe en su conducta.

Dado que el objeto de la compraventa fue una parcela de suelo urbanizado, en un parque industrial, que

debía contar con todos los servicios propios de esa calificación, prever que «la parcela se entregará dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que concluyan las obras de urbanización total o parcialmente de forma que la parcela cuente con todos los servicios» supone hacer depender la fecha de entrega de la cosa vendida de la voluntad del predisponente o de su mayor o menor diligencia en el cumplimiento de su obligación de urbanizar la parcela y dotarla de todos los servicios.

4.-Añadir que el contrato «despeja toda incertidumbre acerca de la determinabilidad del plazo de entrega, al permitir al comprador anticiparlo a la conclusión de las obras de urbanización con la carga de abonar la totalidad del precio pactado» me parece, cuanto menos, injustificado.

Si de lo que se trata es de poder determinar el momento en que el predisponente debe cumplir su prestación, tal como viene determinada en el contrato (entrega de una parcela de suelo industrial en un polígono industrial adecuadamente urbanizado), no entiendo cómo puede ayudar a determinar ese momento una cláusula que permite que el predisponente cobre la totalidad del precio sin entregar la parcela en esas condiciones. Porque lo que se está previendo en esa condición general (predispuesta, no lo olvidemos, por el vendedor) es que, ante el retraso del vendedor en cumplir su prestación, el comprador puede optar porque se le entregue la parcela sin que esta esté urbanizada, sin que cuente con los servicios propios de tal calificación (suministro eléctrico y de agua, alcantarillado, alumbrado, pavimentado de calles y aceras, etc.) y sin que, en consecuencia, se le entregue la cosa en estado de servir al uso a que iba destinada. Pero a cambio, y pese al incumplimiento del vendedor, debe abonarle el precio íntegro, como si la prestación estuviera cumplida por este.

Afirmar, como hace la sentencia mayoritaria, que una condición general con ese contenido implica la «determinabilidad» del plazo de entrega, no resulta, en mi opinión, correcto.

5.-Por otra parte, considero que, para alcanzar la conclusión reflejada en el fallo, la sentencia mayoritaria se aparta de la base fáctica fijada por la Audiencia Provincial. De acuerdo con el relato fáctico fijado en la sentencia de la Audiencia Provincial, cuando la vendedora requirió a la compradora para que firmara la escritura pública de compraventa y le

abonara el resto del precio, pasados unos cuatro años desde la firma del contrato, y la compradora se negó y ejercitó su facultad resolutoria, la parcela no estaba urbanizada y no contaba con los servicios necesarios para que pudiera ser utilizada por el comprador, puesto que, afirma expresamente la sentencia, la recepción del parque industrial por el Ayuntamiento a la finalización de las obras de urbanización y dotación de los servicios no se produjo hasta dos años más tarde de que se realizara ese requerimiento. E incluso en esta última fecha, consta que el terreno en cuestión aún no contaba con todos los servicios propios de una parcela urbanizada.

6.-Considero que en casos como este, en que la ambigüedad respecto de la entrega de la cosa vendida no responde al interés de la compradora o de ambas partes (como era el caso objeto de las sentencias 75/2016, de 18 de febrero, y 336/2016, de 20 de mayo), la oscuridad que supone este tipo de condiciones generales no puede beneficiar al predisponente que la ha provocado.

Ha de realizarse una interpretación integrativa del contrato, conforme a las exigencias de la buena fe (art. 1258 del Código Civil), y en este caso esa interpretación ha de llevar a la conclusión de que, habiéndose previsto el pago escalonado del 40% del precio de la parcela durante varios meses a partir de la firma del contrato, la entrega de la parcela, urbanizada y dotada de los servicios y suministros necesarios para su uso, debía realizarse en las fechas inmediatamente posteriores a la finalización del pago de la parte anticipada del precio, que tuvo lugar pasado año y medio de la firma del contrato, pero no casi seis años después. Es lo que la sentencia 406/2016, de 15 de junio, que cita a su vez las anteriores sentencias 37/2014, de 30 de enero, y 742/2014, de 11 de diciembre, denomina el «plazo natural a tal efecto [entrega del inmueble en construcción], conforme a la *lex artis* de la construcción».

7.-Que en el contrato no se fijara el plazo de entrega como condición esencial del contrato (es impensable que así fuera, dado que se trataba de un contrato predispuesto por quien tenía la obligación de realizar tal entrega) no obsta a que la entrega de la cosa vendida constituya la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (artículo 1461 del Código Civil, en relación con el artículo 1445), y que el principal derecho que de ese contrato resulta para el comprador es el de recibir la cosa en el tiempo y forma que se hubiera estipulado (o

que resultara de las exigencias de la buena fe, art. 1258 del Código Civil) y en condiciones para ser usada conforme a su naturaleza.

El retraso del vendedor en el cumplimiento de sus obligaciones, una vez que el comprador ha cumplido las que le incumbían (el pago anticipado de una parte considerable del precio) puede considerarse como un supuesto de incumplimiento resolutorio cuando es de tal entidad que con él se frustra el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, esto es, que resulta apto para frustrar la satisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo, porque le priva sustancialmente de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato.

8.-En el caso objeto del recurso, sobre la base de los hechos fijados por la Audiencia Provincial, consideró que está justificado el ejercicio por el comprador de la facultad resolutoria porque pasados unos cuatro años desde la firma del contrato y más de treinta meses desde que la sociedad compradora terminó de pagar el 40% del precio de la compraventa, se le requiere por la vendedora para que firme la escritura pública de compraventa y pague el resto del precio, pese a que «la promotora no se encontraba aún en condiciones de poder entregar la parcela, puesto que, como se ha acreditado, el acta de recepción provisional, por parte del Ayuntamiento de Guillena, de las obras de urbanización, no se produjo hasta el día 9 de febrero de 2012, es decir, casi dos años después y cuando ya habían transcurrido 5 años y 6 meses desde la celebración del contrato de compraventa [en realidad, 6 años pues el contrato es de 10 de febrero de 2006], y, como resulta de dicha acta de recepción, aún estaban pendientes de ejecución determinados aspectos de las redes de telecomunicaciones, suministros eléctricos y alumbrado público», según afirma literalmente la sentencia de la Audiencia Provincial.

9.-En estas circunstancias, la afirmación de que el ejercicio por parte de la compradora de la facultad resolutoria resulta contrario a la buena fe resulta injustificada. Por el contrario, se trata de un ejercicio plenamente justificado de tal facultad resolutoria. Quien ha faltado a las exigencias de la buena fe ha sido la parte vendedora al redactar de una forma ambigua las condiciones generales del contrato relativo a la entrega de la parcela urbanizada, de manera que el cumplimiento de su obligación principal quedaba a su arbitrio o a resultas de la mayor o menor diligencia de su conducta empresarial; al prever que si

la compradora quería que la parcela le fuera entregada en un plazo razonable, debía aceptar la entrega de una parcela sin urbanizar y sin suministros pero pagando la totalidad del precio; y al pretender que la compradora firmara la escritura y pagara el precio cuando, pasados cuatro años de la firma del contrato, la parcela todavía no se encontraba urbanizada ni dotada de los servicios y suministros necesarios para ser utilizada por el comprador.

10.-Por último, considero un contrasentido que, cuando en los últimos años hemos hecho referencia, de modo reiterado, a la naturaleza del fenómeno jurídico de las condiciones generales, como un modo de contratar, claramente diferenciado de la naturaleza y régimen del paradigma del contrato por negociación, en un caso como el presente, en que el contrato integrado por condiciones generales establece un régimen contractual en que se deja al arbitrio del predisponente la determinación del momento en que debe cumplir su obligación principal, lo tratemos como si se tratara de un contrato por negociación en el que el contenido contractual hubiera reflejado el equilibrio entre los intereses de las partes fruto de la negociación previa a la celebración del contrato.

11.-Como conclusión, considero que el recurso de casación debió ser desestimado, y la sentencia de la Audiencia Provincial debió ser confirmada».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1203/2015] DE 14 DE FEBRERO DE 2018 [Ponente: M^a Ángeles Parra Lucan]

Contrato de arrendamiento de local de negocio: resolución por impago de la renta. Aplicación de cláusula penal no obstante haberse celebrado un nuevo contrato de arrendamiento con un tercero. La cuantía de la penalización ni resulta desproporcionada ni equivale a la indemnización por el posible lucro cesante como consecuencia de la resolución, y no excluye la posibilidad de reclamar los daños causados por el incumplimiento contractual.

«Tal y como han quedado probados en la instancia son antecedentes necesarios para la resolución del recurso los siguientes:

1.-El 1 de junio de 2005, Redealer Management S.L. y Nuevo Hogar Alameda S.L. celebran un concreto de arrendamiento para uso distinto del de vivienda por el que la primera cede a la segunda en arrendamiento un

inmueble, sito en Avda. San Julián n.º 1 de Cuenca y que se destina a residencia geriátrica. Se fija un plazo de diez años de duración del contrato y una renta mensual de 45.075 euros, suma a la que debe añadirse el impuesto del valor añadido aplicable y a la que se le aplicarían las revisiones que resultaran del índice general de precios al consumo.

La cláusula 11 del contrato, bajo el título de «Resolución anticipada. Cláusula penal» establece:

«11.1. Sin perjuicio del plazo de duración establecido en la Estipulación tercera, en presente Contrato podrá ser resuelto por cualquiera de las partes, con indemnización en su caso, de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento de la otra parte de cualquiera de las obligaciones derivadas del mismo.

»En particular la Arrendadora estará facultada para resolver el Contrato en el caso de que la Arrendataria incumpla con las obligaciones de pago derivadas del mismo. En este caso, la Arrendataria estará obligada a satisfacer a la Arrendadora, en concepto de cláusula penal, una cantidad equivalente al veinticinco por ciento (25%) de las rentas pendientes de vencimiento anteriores a 1 de junio de 2010 y de un cuarenta por ciento (40%) por las que sean posteriores a 1 de junio de 2010, todo ello sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios que dicho incumplimiento le hubiese ocasionado.

»11.2. Asimismo, las partes acuerdan que en el caso de que la Arrendataria resuelva anticipadamente el presente Contrato sin causa justificada, ésta estará obligada a satisfacer a la Arrendadora, en concepto de cláusula penal, una cantidad equivalente al veinticinco por ciento (25%) de las rentas pendientes de vencimiento anteriores a 1 de junio de 2010 y de un cuarenta por ciento (40%) de las rentas pendientes de vencer desde dicha fecha hasta la finalización del contrato, todo ello sin perjuicio de la facultad de la Arrendadora de reclamar las rentas vencidas y no satisfechas y la indemnización por daños y perjuicios que dicha resolución anticipada le hubiese ocasionado.

»11.3. La Arrendataria manifiesta en este acto que con fecha de hoy han suscrito con la sociedad Complejo Sanitario Alameda S.L. un Contrato de Arrendamiento de Negocio, y declara que la finalización por cualquier causa de dicho Contrato supondrá la terminación del presente Contrato de Arrendamiento».

Consta en efecto en los autos que el mismo día 1 de junio de 2005 Complejo Sanitario Alameda S.L. y Nuevo Hogar Alameda S.L. celebraron un contrato de arrendamiento de negocio por el que la primera cedía a la segunda la gestión del Centro Residencia La Alameda sito en el inmueble que era objeto de arrendamiento en el contrato citado con anterioridad, y al que se hacía mención expresa en el contrato de arrendamiento de negocio.

2.-Como consecuencia de la aportación de Redeaer Management S.L. a una operación de ampliación de capital, Tucamar Gestión S.L. adquiere el inmueble objeto del contrato de arrendamiento.

3.-El 18 de septiembre de 2012, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Cuenca dicta sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda interpuesta por Tucamar Gestión S.L. contra Nuevo Hogar Alameda S.L., declara resuelto el contrato suscrito el día 1 de junio de 2005 por falta de pago de la renta pactada. La sentencia declara haber lugar al desahucio y condena a Nuevo Hogar Alameda S.L. a que abone a Tucamar Gestión S.L. la cantidad de 226.119,24 euros y las rentas que se vayan devengando hasta el efectivo desalojo de la finca, hecho que se produjo en fecha 8 de octubre de 2012.

4.-Producido el desahucio, Tucamar Gestión S.L. arrienda el inmueble a Servicios Médicos Alameda S.L.

5.-El 15 de octubre de 2012, Tucamar Gestión S.L. interpone contra Nuevo Hogar Alameda S.L. demanda de reclamación de cantidad derivada de la cláusula penal del contrato de arrendamiento.

Reclama el pago de 717.809,70 euros. Alega que esta cantidad se corresponde, de acuerdo con la cláusula contractual anteriormente transcrita en este mismo fundamento, con el 40% de las rentas pendientes, atendiendo a que: desde que la demandada dejó el inmueble hasta la finalización del contrato el 30 de junio de 2015, quedaban pendientes de vencimiento 32,74 rentas; con las oportunas actualizaciones, la renta mensual a partir de julio de 2012 era de 54.811,37 euros.

Nuevo Hogar Alameda S.L. se opone a la demanda, alegando que el contrato de arrendamiento fue resuelto de forma inadecuada y que en la sentencia de desahucio no se tuvieron en cuenta la complejidad de vínculos existentes entre las partes, que no son solo de arrendamiento de inmueble, sino también de explotación de un negocio. Añade que la finalidad de

la cláusula penal era evitar que la arrendadora padeciera daños y que en el caso no los ha habido, puesto que se produjo un nuevo arrendamiento de forma inmediata.

6.-El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda porque considera que la indemnización debe quedar limitada al tiempo en el que el local hubiera permanecido libre y, en el caso, ha quedado demostrado que otra sociedad sustituyó a la anterior arrendataria con carácter automático y sin solución de continuidad.

7. -Recurre en apelación la demandante. La demandada se opone al recurso e impugna la sentencia, solicitando un pronunciamiento sobre el carácter abusivo de la cláusula penal, por desmesurado e imposible cumplimiento dada la falta de patrimonio inicial de la demandada y los variables ingresos que podía obtener de la explotación del negocio.

La sentencia de la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación únicamente respecto de las costas de primera instancia, que no impone a ninguna de las partes, por entender que dada la complejidad del caso existen dudas de hecho y de derecho, pero confirma la sentencia del Juzgado en todo lo demás. Desestima la impugnación de la demandada con el argumento de que ab initio, cuando se pacta una cláusula penal, no puede ser abusiva, ya que su finalidad es garantizar el cumplimiento de la obligación y liquidar los daños, y que es el cumplimiento de la cláusula lo que adquiere un carácter abusivo cuando se pretende cobrar a pesar de que el local no haya estado desocupado.

Para desestimar la demanda, la Audiencia Provincial razona: i) que la cláusula penal es abusiva, pues la indemnización debe limitarse al tiempo en el que el local haya permanecido desalojado, ya que en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto; ii) que la declaración de abusividad comporta la nulidad de la cláusula; cita a este respecto sentencias de Audiencias Provinciales sobre cláusulas abusivas en las que se descarta la moderación y se declara la nulidad de la cláusula, así como la sentencia de esta sala de 20 de mayo de 2004 que, en un caso en el que no había cláusula penal entendió que la indemnización por todo el tiempo del contrato producía enriquecimiento; iii) que la función de la cláusula penal, conforme al art. 1152 CC, es la sustitución de la indemnización de daños y en el caso se pactó para evitar que el incumplimiento ocasionase daños al arrendador;

puesto que no los ha habido, porque la demandada ha acabado cobrando lo que le debía la demandada y los alquileres devengados con posterioridad se habrán cobrado a la actual arrendataria, no debe pagarse ninguna cantidad. Cita sentencias de Audiencias y de esta sala sobre la renta que debe pagar el arrendatario que desiste del contrato.

SEGUNDO.-La demandante interpone recurso de casación por la vía del art. 477.2.2.º LEC, por haber quedado fijada la cuantía del procedimiento en 717.809,70 euros y, por tanto, ser superior a 600.000 euros.

1.-El recurso se funda en los siguientes motivos:

«Primero.- Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la no aplicabilidad del "control de abusividad" en los contratos negociados, recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de 28/05/2014 (246/2014) y 7/4/2014 (166/2014), al considerar la sentencia recurrida nula de pleno derecho por abusiva la cláusula penal a pesar de estar pactada en un contrato negociado.

»Segundo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al enriquecimiento injusto recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5/11/2004 (1034/2004) y 31/10/2001 (1026/2001), al considerar la sentencia recurrida que existe un enriquecimiento injusto a pesar de que el mismo se encuentra amparado por un negocio jurídico válido.

»Tercero.- Infracción del art. 1255 y 1152 del Código civil, al no dar validez la sentencia recurrida a un pacto legal de cláusula penal suscrito libremente entre las partes.

»Cuarto.- Infracción del artículo 1152, 1255 y 1281 del Código civil, al considerar la sentencia recurrida que la cláusula penal pactada, pese a que dice claramente lo contrario, tiene función liquidadora de los daños y perjuicios.

»Quinto.- Motivo Subsidiario.- Infracción del artículo 1152 y 1255 del Código civil y de la jurisprudencia recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2010, 632/2010, STS de 23/10/2012, 615/2012 y 20-5-1986, ponente D. Antonio Carretero Pérez (fundamento quinto), al exigir la sentencia recurrida acreditación de unos daños y perjuicios pese a la existencia de cláusula penal que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, no sólo exime de la prueba de dichos daños, sino que resulta

aplicable incluso aunque los daños no se hubieran producido en absoluto».

En el desarrollo de los motivos primero y tercero, de forma conjunta, el recurrente sostiene: i) que no es aplicable la normativa de protección del consumidor, al tratarse de un contrato entre empresarios; ii) que la cláusula se refería a la resolución por impago; iii) que la cláusula no tiene función liquidadora de los daños y perjuicios (dice: «todo ello sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios que dicho incumplimiento le hubiese ocasionado»), sino que es una cláusula meramente coercitiva y punitiva, pensada exclusivamente para desincentivar la situación de que el arrendatario permaneciera en el inmueble sin abonar la contrapartida de la renta.

En el desarrollo del motivo segundo alega que no puede apreciarse enriquecimiento injusto cuando la prestación que se solicita nace de un contrato. Añade que la sentencia en la que se basa la Audiencia Provincial (388/2004, de 20 de mayo) se refería a un caso diferente: porque se produjo el desistimiento y no se discutía la aplicación de una cláusula penal, sino la aplicación analógica del art. 11 de la Ley de arrendamientos urbanos a los contratos para uso distinto de vivienda.

En el desarrollo del cuarto motivo alega que el Derecho admite que se pacte una pena con una función coercitiva que no incluya la indemnización de daños, que es lo que de manera clara hicieron las partes en el contrato, por lo que la interpretación notoriamente errónea de la cláusula realizada por la sentencia recurrida vulnera los arts. 1255, 1152 y 1281 CC.

En el desarrollo del quinto motivo, que dice formular de manera subsidiaria, alega que se han infringido los arts. 1152 y 1255 CC porque, de acuerdo con la doctrina de la sala, la pena pactada con una finalidad coercitiva es exigible aunque no haya daños y que, en todo caso, cuando se resuelve un contrato de arrendamiento por incumplimiento, además de la falta de cobro de la renta se producen otros daños, como la dificultad de negociar cuando se está tramitando un desahucio o el menor precio al que se arrienda el inmueble.

2.-La parte demandada sostiene que el recurso debe desestimarse, pero no se opone a los motivos del recurso, sino que hace una alegación nueva. Considera que el recurso debe desestimarse de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula rebus,

teniendo en cuenta la crisis económica, que propició una bajada de los ingresos de las residencias geriátricas frente a la subida del precio del alquiler, que la demandante se negó a renegociar. Cita las sentencias de esta sala de fechas 15/10/2014, 30/06/2014 y 15/01/2013.

TERCERO.-La cuestión jurídica que se plantea en este recurso de casación es la exigencia de pago de la pena pactada en un contrato de arrendamiento de inmueble para la explotación de un negocio cuando, tras el incumplimiento del arrendatario, el arrendador celebra un nuevo contrato de arrendamiento con un tercero.

La sentencia recurrida considera que se trata de una cláusula penal sustitutiva de la indemnización por incumplimiento y que en el caso no procedía su exigencia puesto que el arrendador no sufrió daño alguno. Basa su razonamiento tanto en la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula como en la necesidad de moderar la pena para ajustarla a los daños que ha causado el incumplimiento del contrato.

El marco normativo y jurisprudencial en el que vamos a resolver el recurso de casación es el siguiente.

1.º) Como recuerdan las sentencias 530/2016, de 13 de septiembre, 44/2017, de 25 de enero y 126/2017, de 24 de febrero, salvo en condiciones generales de la contratación entre empresarios y consumidores (art. 85.6 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), nuestro Derecho permite las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva: no sólo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados. Se permiten incluso en el art. 1152.I CC («si otra cosa no se hubiere pactado») las penas que no sustituyen, sino que se acumulan a la indemnización de daños y perjuicios (por todas, sentencia 197/2016, de 30 de marzo).

2.º) La posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que establece el art. 1255 CC, puesto que no hay un control específico de abusividad para los contratos entre empresarios.

3.º) Es doctrina constante de esta sala la de que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento no procede aplicar la moderación del art. 1154 CC, en el entendimiento de que este precepto solo admite la rebaja cuando se

haya pactado la cláusula penal para el incumplimiento total y el deudor haya cumplido parcialmente (sentencia 536/2017, de 2 de octubre, con cita de otras anteriores, como las sentencias 384/2009, de 1 de junio, y 708/2014, de 4 de diciembre, entre otras).

Como recuerdan las sentencias 530/2016, de 13 de septiembre, 44/2017, de 25 de enero, y 126/2017, de 24 de febrero, mientras el legislador no modifique el art. 1154 CC, procede estar a esta jurisprudencia. Por mucho que buena parte de la doctrina científica sea partidaria lege ferenda de introducir una modificación en nuestro ordenamiento en el sentido propugnado por el art. 1150 de la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión de General de Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009 y, más recientemente, por la «Propuesta de Código civil» elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil y publicada en 2016, que contiene un art. 519-13 del siguiente tenor: «El juez debe modificar equitativamente las penas punitivas manifiestamente excesivas, así como las cláusulas liquidatorias notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido».

4.º) Esta sala ha dictado varias sentencias en las que el arrendatario pretendía una moderación judicial la cláusula penal incluida en contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre.

i) La sentencia 810/2009, de 23 de diciembre, entendió que no procedía la moderación judicial de la indemnización pactada por las partes sino que, de acuerdo con la prevalencia de la autonomía de la voluntad establecida en el art. 4.3 de la Ley 29/1994, debía estarse a la voluntad de las partes, toda vez que su libertad solo está condicionada por los establecido en los arts. 6.º.2 y 1255 CC. En el caso de la sentencia 810/2009, con posterioridad al contrato de arrendamiento, y antes de que se completara el plazo de duración estipulado, las partes alcanzaron un nuevo acuerdo en el que pactaron de manera diferente las consecuencias del incumplimiento, de modo que fijaron una serie de condiciones a partir de las cuales quedaban determinados los daños y perjuicios que debía satisfacer la arrendataria. Se consideró que el nuevo acuerdo ya supuso una moderación de la indemnización y era improcedente volver a objetivarla como pretendía el recurrente.

ii) La sentencia 779/2013, de 10 de diciembre, niega que proceda la moderación de la indemnización pactada para el caso de que el arrendatario pusiera fin al contrato dentro de los cinco primeros años de la vigencia del contrato. Entendió la sala que se imponía el cumplimiento de lo pactado, conforme a los arts. 4.3 de la Ley 29/1994 y 1255 CC y no procedía la moderación del art. 1154 CC porque la arrendataria procedió conforme a lo pactado y no hubo incumplimiento contractual.

iii) La sentencia 300/2014, de 29 de mayo, entendió que en el caso procedía la moderación de una cláusula penal. Ello en atención a que: i) la cláusula penal pactada, que imponía al arrendatario el pago en concepto de indemnización de una cantidad equivalente a toda la renta correspondiente al plazo de contrato pendiente de cumplir, tenía una función liquidadora de daños y perjuicios (art. 1152 CC), por lo que no cabía aplicarla automática y enteramente cuando consta que era superior a los que se habían producido realmente; ii) si el arrendatario percibiese la totalidad de la cláusula penal además de las rentas de un nuevo arrendatario se daría un claro enriquecimiento injusto; iii) el principio pacta sunt servanda no puede aplicarse por razón de la injusticia y de la desproporción del resultado.

En otros asuntos en los que el contrato de arrendamiento de local incluía una cláusula penal no se ha planteado la cuestión jurídica de la procedencia de la moderación sino su propia aplicabilidad, en atención a los hechos del caso: i) así, en la sentencia 571/2013, de 27 de septiembre, se discutía si al coger las llaves el arrendador renunció a la indemnización (lo que se negó y, por ello, se confirmó la procedencia de la exigencia de la pena pactada conforme a los arts. 4.3 de la Ley 29/1994 y 1255 CC); ii) en la sentencia 703/2013, de 6 de noviembre, se discutió si la cláusula contractual aplicada en la instancia era la penal que establecía las bases de la indemnización para el caso de abandono del local por el arrendatario una vez iniciada la vigencia del contrato o, como sucedió, la que establecía la obligación de indemnizar los daños ocasionados al arrendador si el arrendatario incumplía su obligación de recepción del local una vez terminadas las obras a la que se comprometió la primera.

5.º) Puesto que la función y el efecto de la cláusula penal dependen de lo pactado, se hace preciso recordar que constituye doctrina reiterada en materia de interpretación del contrato, como recuerda la

sentencia 615/2013, de 4 de abril: «[C]omo hemos insistido en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 66/2011, de 14 de febrero, la interpretación de los contratos corresponde al tribunal de instancia y no puede ser revisada en casación en tanto no se demuestre su carácter arbitrario o irrazonable o la infracción de uno de los preceptos que debe ser tenido en cuenta en la interpretación de los contratos (SSTS de 17 de noviembre de 2006, RC n.º 3510/1997, 27 de septiembre de 2007, RC n.º 3520/2000, 30 de marzo de 2007, RC n.º 474/2000). A este mismo criterio se ajusta la calificación contractual y la determinación del fin jurídico que se pretende en el contrato (SSTS de 23 de junio de 2003 y 21 de julio de 2006, 9 de mayo de 2007, RC n.º 2097/2000)».

De este modo, puede prosperar en el recurso de casación una alegación de disconformidad con la interpretación o calificación realizada por el tribunal de instancia cuando esta exégesis contradice abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado.

CUARTO.-Dada la íntima conexión entre todos los motivos, se analizan conjuntamente y, por las razones que se exponen a continuación, se estima.

1.ª) En el caso se trata de un contrato entre dos empresarios, por lo que la nulidad de la cláusula solo podría basarse en su contradicción con los límites que impone a la autonomía de la voluntad el art. 1255 CC, pero ni se ha acreditado ni ha sido objeto de debate que el contrato se celebrara en condiciones de abuso de poder del arrendador, ni que la pena fijada en caso de que incumpliera el arrendatario fuera injustificadamente desproporcionada para el objetivo de disuadir su incumplimiento.

2.ª) Tal y como ha quedado reflejado en el primer fundamento de esta sentencia, para el caso de incumplimiento por el arrendatario no se preveía el pago equivalente a las rentas correspondientes a todos los años del contrato que quedaran por cumplir. En última instancia, puesto que no se preveía el pago íntegro de las rentas pendientes, la reclamación de la suma dineraria prevista como pena no era equivalente a una exigencia de cumplimiento del contrato, que hubiera podido resultar incompatible con su resolución.

3.ª) Con la penalización pactada se establecía el derecho del arrendador a percibir un porcentaje de la renta devengable en función del momento en que se produjera el incumplimiento del arrendatario.

El contrato tenía una duración de diez años y la pena se fijaba mediante un sistema escalonado de indemnización articulado en dos tramos. En el caso de que la resolución por incumplimiento se produjera durante la primera mitad de vigencia del contrato, la obligación de pago del arrendatario era de un 25% de las rentas pendientes y si el incumplimiento tenía lugar durante la segunda mitad del plazo de duración del contrato, por tanto cuando más cerca se estaba de su extinción, el porcentaje se elevaba al 40%.

De esta forma, mediante el pacto se fijó la pena en atención a las circunstancias de las relaciones existentes entre las partes, sin que la sentencia recurrida justifique la razón por la que resulta excesiva o desproporcionada, más allá del contraste con los daños lo que, por lo que se dice a continuación, no resulta adecuado.

4.ª) La cuantía de la pena fijada no equivalía a la indemnización por el posible lucro cesante como consecuencia de la resolución. La cláusula penal pactada por las partes, tal y como con claridad resulta de su tenor literal, era una pena que no excluía que se reclamaran los daños que se produjeran por el incumplimiento. La pena, en definitiva, no se dirigía a liquidar de manera anticipada los daños que pudieran causar los incumplimientos a que se refería y era exigible una vez que se produjera el incumplimiento para el que se pactó, con independencia de la acreditación de esos daños. Era improcedente, por tanto, su moderación, que la sentencia recurrida aplica hasta el punto de eliminar su aplicación por entender que no ha habido daños indemnizables, reforzando así su argumento de la nulidad.

5.ª) Por lo que se refiere a la posible aplicación de la cláusula rebus, no solo se trata de una cuestión nueva que pretende introducir la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso sin que haya sido objeto de debate en el proceso, sino que además sería incoherente negar nulidad de la cláusula y su moderación hasta el punto de extinguirla y admitir que, con independencia de las razones que ya tuvieron en cuenta las partes al pactar la cláusula penal, el arrendatario podía incumplir el contrato sin atenerse a las consecuencias pactadas».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3309/2014] DE 26 DE FEBRERO DE 2018 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Contratos bancarios: contrato de alquiler de caja de seguridad. El contrato se configura, por un lado, en base a un «especial» deber de custodia del depositario consistente en la vigilancia y seguridad de la caja, de su clausura o cierre, a cambio de una remuneración, de modo que el depositario responde, de forma objetivada, ante el incumplimiento mismo de la prestación, esto es, del quebrantamiento de la clausura o cierre de la caja, salvo caso fortuito o fuerza mayor. Y, por otro lado, en atención al carácter secreto del contenido de la caja, que incide en la determinación de los daños indemnizables, pues otorga preferencia a la declaración del depositante, salvo prueba en contrario, ya que, en principio, solo el depositante conoce el valor de las cosas objeto de depósito, sin perjuicio de que la entidad de crédito se reserve la facultad de comprobación del contenido de la caja, a los solos efectos de su licitud con arreglo a la normativa aplicable.

«El presente caso, con relación a un contrato de alquiler de caja de seguridad plantea, como cuestión de fondo, la aplicación del párrafo tercero del art. 1769 del Código Civil : «En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario».

2. En síntesis, la entidad Begindoce, S.L., demandante y aquí recurrente, concertó con Banca Pueyo, S. A. el arrendamiento de una caja de seguridad con fecha 13 de marzo de 2007.

En la madrugada del día 23 de agosto de 2009 se produjo un robo en dicha entidad bancaria que afectó a la caja de seguridad alquilada, de forma que resultó abierta con la desaparición de los objetos que contenía.

En ese contexto, Begindoce, S.L. presentó una demanda contra Banca Pueyo solicitando su condena al pago de la cantidad de 168.876 euros, correspondientes al valor de los efectos que se encontraban depositados en dicha caja de seguridad, más los intereses legales; así mismo solicitó la declaración de nulidad de la cláusula 14ª del contrato suscrito, por la que la entidad bancaria resultaba exonerada en los supuestos de «expoliación, robo y situaciones análogas».

La entidad bancaria se opuso a la demanda.

3. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. En este sentido, en primer lugar, desestimó

la reclamación de los daños y perjuicios sufridos al considerar que la depositante carecía de legitimación activa, pues parte de los objetos depositados no eran de su propiedad, sino de terceros ajenos a dicho contrato. En segundo lugar, tras calificar dicho contrato como un contrato predispuesto por la entidad bancaria, declaró la nulidad de la referida cláusula 14ª, por la que dicha entidad quedaba exonerada en los supuestos de robo.

4. Las dos partes interpusieron recurso de apelación. La sentencia de la Audiencia desestimó el recurso de la entidad bancaria, que sustentaba la validez de la referida cláusula contractual y estimó en parte el recurso de apelación de la demandante. En lo que aquí interesa, debe destacarse lo siguiente. En primer lugar, declaró el incumplimiento contractual «flagrante» del depositario, dado que el propio empleado de la entidad bancaria declaró que la caja de seguridad no había sido forzada, pues su llave estaba colgada en un cajetín dentro de la propia sucursal, junto con la correspondiente clave de acceso.

En segundo lugar, con relación al principio de prueba respecto de los objetos depositados en la caja de seguridad, declaró que la prueba practicada (documental y testifical) permitía constatar la adquisición de determinadas joyas y relojes, la extracción de una cantidad en metálico de una entidad bancaria y la percepción de otra cantidad de dinero en metálico procedente de una herencia o de un encargo profesional. Por último, con relación a la cuestión de fondo, declaró:

«[...] El recurrente afirma la aplicación analógica del artículo 1769 del Código Civil, referente al depósito cerrado y sellado. En el citado artículo se dice que en cuanto al valor de lo depositado se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario. Pues bien, la identificación del contrato de alquiler de caja de seguridad con el depósito cerrado y sellado, constituye una interpretación jurídica un tanto desmesurada, en la que se fuerza la verdadera naturaleza y características del contrato de alquiler de caja de seguridad, ya que en el presente contrato los objetos no se entregan cerrados al arrendador sino que se introducen directamente en la caja de seguridad de la entidad bancaria. Asimismo, e incidiendo en esta línea diferenciadora del depósito cerrado, el arrendatario tiene la facultad de modificar o cambiar a su antojo el contenido de la caja arrendada. (SAP Madrid, Sección 10ª, de 10 julio de 2000 y SAP Madrid, Sección 12ª, de 16 de mayo de

2001). Por tanto, es evidente que no cabe una aplicación analógica de la presunción contenida en el artículo 1769 del Código Civil puesto que las figuras contractuales analizadas no se corresponden».

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que articula en único motivo, y recurso de casación que también articula en único motivo.

Dado que en dichos motivos se cuestiona la indebida falta de aplicación analógica del art. 1769 del Código Civil, se procede a examinar en primer lugar el recurso de casación, tal y como también solicita la demandante recurrente.

Recurso de casación.

SEGUNDO.-Contrato de arrendamiento de caja de seguridad. Naturaleza y alcance. Art. 1769 del Código Civil. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1.-La demandante, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por vulneración de la doctrina jurisprudencial de esta sala, denuncia la indebida falta de aplicación analógica del art. 1769 del Código Civil. Argumenta que, de acuerdo con la naturaleza y función del contrato de arrendamiento de caja de seguridad, procede dicha aplicación analógica que además viene reconocida por la jurisprudencia de esta sala: SSTs 985/2008, de 4 de noviembre y 38/2013, de 15 de febrero.

2. El motivo debe ser estimado.

Dado el contrato suscrito, para examinar correctamente el fundamento de la aplicación del art. 1769 del Código Civil debemos tener en cuenta, en primer lugar, el art. 310 CCom., para concluir que el contrato de depósito celebrado entre las partes tiene naturaleza mercantil y partir del sistema de fuentes de regulación que contempla el precepto que dispone:

«No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los depósitos verificados en los bancos, en los almacenes generales, en las sociedades de crédito o en otras cualesquiera compañías, se regirán, en primer lugar, por los estatutos de las mismas; en segundo, por las prescripciones de este Código, y últimamente, por las reglas del Derecho común, que son aplicables a todos los depósitos».

En consecuencia, primero habrá que estar a lo dispuesto en los estatutos de la entidad depositaria,

esto es, la normativa administrativa que regula la contratación bancaria y que, en el presente caso, viene constituida por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, que aprobó el Reglamento de Seguridad Privada, y por la Orden del Ministro del Interior de 23 de abril de 1997, que no contienen una previsión específica sobre el problema litigioso.

En segundo lugar, resulta de aplicación lo previsto en el art. 307 II CCom., que en el caso de los depósitos cerrados dispone que «Los riesgos de dichos depósitos correrán a cargo del depositario, siendo de cuenta del mismo los daños que sufrieren, a no probar que ocurrieron por fuerza mayor o caso fortuito insuperable». De donde se presume la responsabilidad de la demandada.

Pero, en cualquier caso, el art. 307 CCom no ofrece respuesta al problema de la prueba o acreditación de la preexistencia y valor de los objetos depositados, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el art. 1769 del Código Civil, sobre el que se ha ocupado esta sala en varias sentencias en relación con este tipo de contratos.

Así, en la línea apuntada por la sentencia 21/1994, de 27 de enero, la sentencia 985/2001, de 4 de noviembre, precisa lo siguiente:

«[...] La naturaleza jurídica del contrato bancario denominado de alquiler de cajas de seguridad no es la de depósito en su variedad de depósito cerrado, sino la de un contrato atípico, surgido de la conjunción de prestaciones del arriendo de cosas y de depósito, en el que la finalidad pretendida por el cliente no es el mero goce de la cosa arrendada, sino el de la custodia y seguridad de lo que se guarda en la caja, que se consigue de una forma indirecta, a través del cumplimiento por el banco de una prestación consistente en la vigilancia de la misma y de su integridad a cambio de una remuneración. La entidad bancaria no asume la custodia de ese contenido, sino del daño que la ruptura, sustracción o pérdida de la caja pueda ocasionar al cliente. Es claro que la situación más análoga a la descrita es la determinada por la existencia de un depósito cerrado y sellado, contemplada en el art. 1769 del Código civil. El contrato litigioso, en suma, tiene una causa mixta.

»En cuanto a su régimen jurídico debe ser el de la aplicación ante todo de las reglas imperativas de la normativa sobre obligaciones y contratos en general; subsidiariamente el de las estipulaciones de las partes en lo que no traspasen los límites de la autonomía de

la voluntad; y finalmente se han de aplicar las normas del contrato típico que forma parte del contenido del atípico en cuestión, siempre que no pugne con la finalidad perseguida mediante la celebración de este último contrato. En el que examinamos, existe un deber de vigilancia y conservación de lo que se entrega por el cliente, a cargo del Banco, a través de la caja que la entidad bancaria pone a su disposición, que no es propio de las obligaciones del arrendador. El incumplimiento imputable al Banco de su prestación es evidente que desencadena la obligación de reparar el daño si desaparece el contenido de la caja total o parcialmente. No hay inconveniente en aplicar a la situación creada las normas del depósito, en este caso del cerrado, por su analogía clara. En realidad, en el llamado alquiler de la caja de seguridad, se entrega al Banco para su custodia, con todo lo que contiene. Ciertamente que no existe depósito de cosas porque al Banco no se le entregan las mismas para su depósito, pero ha de conservar y custodiar la caja que usa y entrega el cliente, lo mismo en que, por imperativo del art. 1769 del Código Civil, ha de conservar el depositario el sobre cerrado y sellado en que se contienen las cosas, no estas mismas. Su custodia y conservación se efectúa, tanto en un caso, como en otro, de una forma indirecta, a través de la de la caja de seguridad o del sobre cerrado y sellado».

Por su parte, en la sentencia 38/2013, de 15 de febrero, se destaca lo siguiente:

«[...] En este sentido, citando la reciente jurisprudencia de esta Sala, la Sentencia recurrida resalta dicha diferenciación que subyace en la propia naturaleza atípica del contrato suscrito y que determina, a diferencia de la obligación de custodia del contrato de depósito, que dicha obligación no se centre directamente sobre los objetos depositados, salvo pacto expreso en contrario, sino en la vigilancia y seguridad que ofrece la propia caja, como prestación dispensada a cambio de una remuneración. De ahí que la entidad bancaria responda cuando dicha vigilancia y seguridad ofrecida resulte vulnerada ocasionando pérdidas o daños a los clientes. No es posible, por tanto, reconducir, como pretende la parte recurrente, el incumplimiento contractual y la responsabilidad derivada al campo de la tipicidad de la obligación de custodia en el contrato puro de depósito».

De la jurisprudencia expuesta, con relación a la tipicidad básica del contrato de arrendamiento de caja de seguridad, se infieren dos criterios que vertebran su régimen de aplicación. En primer término, el

contrato queda configurado de acuerdo a un «especial» deber de custodia del depositario consistente en la vigilancia y seguridad de la caja, de su clausura o cierre, a cambio de una remuneración. Dicho deber comporta, a su vez, un específico régimen de responsabilidad agravado conforme a lo dispuesto en el art. 1769 del Código Civil, párrafo segundo; de forma que el depositario responde, de forma objetivada, ante el incumplimiento mismo de la prestación, esto es, del quebrantamiento de la clausura o cierre de la caja, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

En segundo término, el carácter secreto que justifica esta modalidad de depósito incide en la determinación de los daños indemnizables, pues otorga preferencia a la declaración del depositante, salvo prueba en contrario: tal y como dispone el párrafo tercero del art. 1769 del Código Civil pues, en principio, solo el depositante conoce el valor de las cosas objeto de depósito. Esta presunción no queda desvirtuada por el hecho de que la entidad de crédito se reserve la facultad de comprobación del contenido de la caja, a los solos efectos de su licitud con arreglo a la normativa aplicable.

En el presente caso, dichos criterios resultan de aplicación. Por una parte, respecto del deber de custodia, la entidad bancaria no solo no ha probado la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor, sino que se ha constatado el claro incumplimiento de la prestación comprometida. Por otra parte, la declaración del depositante sobre el contenido y el valor de los bienes y derechos depositados ha venido acompañada de un principio de prueba reconocido por la sentencia recurrida, sin que el depositario haya presentado prueba en contrario.

3. La estimación del motivo hace innecesario el examen del recurso extraordinario por infracción procesal».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3574/2017] DE 26 DE FEBRERO DE 2018 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Sociedades de capital: consejo de administración. La exigencia de previsión estatutaria que recoja el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de remuneración afecta a todos los administradores, sean o no consejeros delegados o ejecutivos. Ahora bien, la consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los

miembros del órgano de administración en las sociedades no cotizadas lleva también a la conclusión de que la atribución al consejo de administración de la competencia para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, mediante una decisión que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, y la atribución de la competencia para, en el caso de designar consejeros delegados o ejecutivos, aprobar con carácter preceptivo un contrato con los consejeros delegados o ejecutivos en el que se detallen todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión han establecido sentencias del Tribunal Supremo y algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

«Gabinete de Recomendaciones de Estrategia AS-3 S.L. interpuso una demanda de impugnación de la calificación del Registrador Mercantil que denegó la inscripción del siguiente precepto de los estatutos sociales:

«El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2º de la Ley de Sociedades de Capital».

2.-La calificación negativa del Registrador se sustentó en tres defectos subsanables, de los que solo se impugna el tercero, que tenía este contenido:

«Artículo 19 bis: dado que determina la no retribución del cargo de administrador, la regulación recogida a continuación, en cuanto permite al consejo de administración establecer remuneración para los consejeros ejecutivos para el ejercicio de las funciones ejecutivas, sin acuerdo de junta ni necesidad de previsión estatutaria, vulnera el principio de reserva estatutaria de la retribución, dado que tanto la existencia de remuneración, como el concreto sistema de retribución de los administradores, son circunstancias que deben constar necesariamente en los estatutos sociales, ya sea en la constitución de la

sociedad o en las ulteriores modificaciones de los mismos, cuya competencia es exclusiva de la junta de socios y no del consejo de administración (artículos 22 d), 23 e), 217, 218, 219 y 285 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de noviembre de 2003, 18 de junio de 2013, 25 de febrero, 17 de junio y 26 de septiembre de 2014 y 12 de marzo de 2015, entre otras».

3.-La demandante alegó que la resolución del registrador no respetó las modificaciones introducidas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, TRLSC) por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, e infringió los artículos 217 y 249 TRLSC. La tesis sostenida en la demanda consiste en que este cambio normativo implica que nuestro Derecho positivo consagra la admisibilidad de la dualidad retributiva respecto de los administradores sociales. Según la demandante, el artículo 217 TRLSC dispone que, si los estatutos establecen que el cargo de administrador sea remunerado, deberán determinar el sistema de remuneración y especificar los conceptos retributivos a percibir por los administradores «en su condición de tales». Por el contrario, en el caso que alguno de los miembros del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas, se debe aplicar el artículo 249 TRLSC, por lo que basta con que se suscriba un contrato con las cautelas establecidas en los apartados tercero y cuarto del citado precepto. Por esta razón, la remuneración de estos consejeros no estaría sujeta a los estatutos y al acuerdo de la junta general.

4.-La sentencia del Juzgado Mercantil desestimó íntegramente la demanda. Consideró que la cláusula vulnera el principio de reserva estatutaria, «en la medida en que tanto la existencia de remuneración como el concreto sistema de retribución de los administradores son circunstancias que necesariamente deben constar en los estatutos sociales, ya sea en el momento de su constitución o con posterioridad en las respectivas modificaciones; sin olvidar que ello es competencia exclusiva de la junta de socios, y no como pretenden los actores del consejo de administración (artículos 217, 218 y 219 LSC en relación con los artículos 285 y siguientes del citado texto legal)».

5.-La sociedad demandante apeló la sentencia del Juzgado Mercantil. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. Tras analizar las modificaciones introducidas en la regulación de la retribución de los

administradores sociales en el TRLSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, y explicar las tesis contrapuestas que existían sobre la interpretación de los nuevos preceptos legales, optó por la tesis sostenida por un sector relevante de la doctrina y por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo, DGRN), para quienes la nueva regulación consagra una dualidad de regímenes retributivos; uno para los administradores en su condición de tales, que estaría sujeto a los estatutos y al acuerdo de la junta previsto en el artículo 217.3 TRLSC; y otro para los consejeros ejecutivos, que quedaría al margen del sistema general del artículo 217 y que se regula en el artículo 249.3 TRLSC. Como conclusión de lo anterior, «la retribución de los consejeros con funciones ejecutivas no se sometería a las exigencias de los estatutos ni estaría condicionada a lo acordado por la junta general».

La Audiencia Provincial afirmó también en su sentencia:

«Somos conscientes que el cambio legal puede comprometer la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo, sobre todo en las llamadas sociedades cerradas que pueden buscar la forma de administración mediante un órgano colegiado y consejero delegado con la finalidad de eludir los controles de la junta».

Por último, la sentencia hacía referencia a la doctrina establecida en varias resoluciones de la DGRN dictadas en los años 2015 y 2016 y reproducía ampliamente la última de ellas, de 17 de junio de 2016, que asumía como fundamento de su decisión.

6.-El registrador mercantil ha recurrido en casación la sentencia de la Audiencia Provincial y ha basado su recurso en un único motivo.

SEGUNDO.-Formulación del recurso de casación

1.-El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 217 y 249 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

2.-El recurso se desarrolla mediante varios argumentos. Los más relevantes consisten, resumidamente, en que la reforma del TRLSC por la Ley 31/2014 ha determinado la aplicación cumulativa, que no excluyente, de los arts. 217 y 249 TRLSC. El contrato a que hace referencia el art. 249 TRLSC en sus apartados 3.º y 4.º no obsta la exigencia de la previsión estatutaria de la retribución en los términos

establecidos en los apartados 1.º y 2.º del art. 217 TRLSC y que esta se sitúe dentro de la cantidad máxima señalada por la junta general conforme a lo previsto en el apartado 3.º del art. TRLSC. Solo de este modo se respetarían las exigencias de transparencia de la retribución de los administradores y la tutela del socio minoritario en las sociedades no cotizadas en las que el órgano de administración adoptara la forma de consejo de administración.

3.-El recurso debe ser estimado por las razones que desarrollamos en los siguientes fundamentos.

TERCERO.-La retribución de los administradores sociales antes de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

1.-Con anterioridad a la reforma del TRLSC que llevó a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, el art. 217 TRLSC regulaba la remuneración de los administradores en estos términos:

«1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución.

»2. En la sociedad de responsabilidad limitada, cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general de conformidad con lo previsto en los estatutos».

El art. 23.e TRLSC, con ligeras modificaciones de redacción desde la entrada en vigor de dicho texto refundido hasta el día de hoy, establece que en los estatutos sociales se expresará el sistema de retribución de los administradores sociales, si la tuvieren.

Los arts. 218 y 219 TRLSC regulaban las especialidades de la remuneración consistente en la participación en beneficios, tanto en sociedades limitadas (primer párrafo del art. 218) como en sociedades anónimas (segundo párrafo del art. 218), y de la remuneración mediante la entrega de acciones (art. 219).

Con anterioridad a la refundición llevada a cabo por el TRLSC, la cuestión se encontraba regulada en los arts. 130, con relación al 9.h, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

2.-La jurisprudencia de este tribunal había declarado que la exigencia de que consten en los estatutos

sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución, aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial favorecer la máxima información a los socios para facilitar el control de la actuación de los administradores en una materia especialmente sensible. Pese a la concurrencia de intereses propia de la sociedad mercantil, pueden surgir ocasionalmente conflictos entre los intereses particulares de los administradores en obtener la máxima retribución posible, de la sociedad en minorar los gastos y de los socios en maximizar los beneficios repartibles.

Este criterio legal, que persigue que sean los socios, mediante acuerdo adoptado en la junta con una mayoría cualificada, quienes fijen el régimen retributivo de los administradores sociales, y que en todo caso los socios, lo fueran o no al tiempo en que esta decisión fue adoptada, estén correcta y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y compensaciones de todo tipo que percibe el administrador social, se refleja también en otros preceptos, como los que regulan las cuentas anuales, en cuya memoria deben recogerse, en lo que aquí interesa, los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase que los administradores hubieran percibido de la sociedad.

Así lo hemos declarado en la sentencia 708/2015, de 17 de diciembre, y en las que en ella se citan.

3.-Por tanto, dentro de este sistema de retribución de los administradores sociales, lo que se ha venido en llamar la «reserva estatutaria» o «determinación estatutaria» ha desempeñado un papel importante.

En la sentencia 505/2017, de 19 de septiembre, afirmamos que la necesidad de su determinación estatutaria era un principio básico de la disciplina de la retribución de los administradores sociales en nuestro ordenamiento jurídico. Los arts. 130, en relación con el art. 9.h, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas, y el art. 66.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, exigían la constancia en los estatutos del sistema de retribución de los administradores de la sociedad, sin que fuera necesaria la concreción de una cuantía determinada.

La junta general de la sociedad limitada podía fijar la cuantía de la retribución cuando esta consistía en el pago de una cantidad fija. Pero, previamente, este sistema retributivo debía estar previsto en los estatutos sociales.

4.-Como consecuencia de la doctrina expuesta, este tribunal consideró que para entender justificada y legítima la percepción por el administrador social, por lo general mediante la suscripción de un contrato con la sociedad, de una retribución abonada por la sociedad pese a que el cargo fuera gratuito según los estatutos, o no ajustada al sistema previsto en ellos, había de resultar probada la concurrencia del «elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa», esto es, por el cargo orgánico de administrador y por el título contractual.

La jurisprudencia consideró que la normativa reguladora de las sociedades mercantiles no discriminaba entre las funciones políticas o deliberativas y de decisión «societarias», por un lado, y las de ejecución y gestión «empresariales», razón por la cual no se admitía que mediante la celebración de un contrato se remuneraran las funciones ejecutivas del administrador, o de algunos miembros del órgano de administración, cuando carecieran de apoyo en el régimen legal previsto por la normativa societaria, que concedía un papel primordial a los estatutos sociales y a los acuerdos de la junta general.

Así se afirmó en la sentencia 412/2013, de 18 junio, y en las sentencias que en ella se citan, que sientan la doctrina de lo que se ha venido en llamar el «tratamiento unitario» de la remuneración del administrador.

CUARTO.-La reforma del TRLSC llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

1.-La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modificó el TRLSC, ha realizado una importante reforma del régimen legal que regula la retribución de los administradores en las sociedades de capital. Este es el régimen aplicable para resolver la cuestión litigiosa, puesto que la modificación estatutaria cuya calificación registral negativa ha sido impugnada se produjo una vez entrada en vigor dicha ley de reforma del TRLSC. El significado y alcance de esta reforma, en lo relativo a la retribución de los consejeros delegados o ejecutivos de las sociedades no cotizadas, constituye el objeto del presente recurso.

Los preceptos legales afectados por la reforma, que resultan fundamentales para resolver la cuestión objeto del recurso, son los arts. 217, desarrollado en los dos artículos siguientes, 218 y 219, y 249, todos ellos TRLSC, aunque también han de tomarse en consideración otros preceptos de dicho texto legal, algunos de ellos también reformados y otros no.

2.-El título («remuneración de los administradores») y el primer apartado («el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración») del art. 217 TRLSC mantienen su redacción original, salvo que el término original «retribución» ha sido sustituido por «remuneración».

Pero el apartado segundo recibe una redacción completamente nueva, y se añaden dos apartados nuevos, el tercero y el cuarto. Quedan redactados de la siguiente forma: «2. El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

- a) una asignación fija,
- b) dietas de asistencia,
- c) participación en beneficios,
- d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,
- e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,
- f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y
- g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

»3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

»4. La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables».

3.-El art. 218 desarrolla el tercero de los conceptos retributivos previstos en el art. 217.2, consistente en la remuneración mediante participación en beneficios. Como regulación común a sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, establece en su apartado primero la trascendencia de los estatutos sociales y del acuerdo de la junta general, al prever:

«Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales».

En sus apartados segundo y tercero, en términos que no difieren sustancialmente de la anterior regulación, el precepto establece requisitos específicos para las sociedades de responsabilidad limitada («el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios») y para las sociedades anónimas («la participación solo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido»).

4.-El art. 219 desarrolla otro de los conceptos retributivos previstos en el art. 217.2, consistente en la remuneración en acciones o vinculada a su evolución, que es aplicable únicamente a las sociedades anónimas.

Su redacción, en lo que aquí interesa, no difiere sustancialmente de la que tenía antes de la reforma. En el apartado primero establece que este sistema de remuneración deberá preverse expresamente en los estatutos y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general. En el apartado segundo prevé el contenido que ha de tener el acuerdo de la junta general: determinar el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan.

5.-El art. 249 TRLSC también ha sido reformado. La nueva redacción de los apartados tercero y cuarto tiene especial importancia en la cuestión objeto de este recurso.

El primer apartado del artículo ha sufrido alguna modificación en su redacción, y prevé, en lo que aquí interesa, que cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, en cuyo caso deberá establecer el contenido, los límites y las modalidades de delegación.

El anterior apartado segundo, que establecía las facultades indelegables, ha pasado, con nueva y más extensa redacción, a constituir el nuevo art. 249.bis TRLSC.

El anterior apartado tercero del art. 249 TRSLC ha pasado, tal cual, al actual apartado segundo, que establece la mayoría necesaria en el consejo para aprobar la delegación y su carencia de efectos hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

Los nuevos apartados tercero y cuarto del art. 249 TRLSC, que, como se ha dicho, tienen una especial relevancia en la cuestión objeto del recurso, tienen la siguiente redacción:

«3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

«4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.

«El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general».

QUINTO.-La tesis de la Audiencia Provincial y de la DGRN sobre la significación de la reforma.

1.-La sentencia recurrida se hace eco de la polémica existente respecto del alcance y significado de la reforma operada en el régimen legal de la remuneración de los administradores sociales y, en concreto, en la cuestión de la llamada «reserva estatutaria», con relación a las sociedades no cotizadas.

2.-La Audiencia Provincial, que reconoce el carácter controvertido de la cuestión y las dificultades que entraña pronunciarse sobre la misma, considera más acertada la tesis sustentada (con distintos matices) por un sector significativo de la doctrina científica y por la DGRN.

Esta doctrina puede resumirse en lo que afirma la resolución de la DGRN de 17 de junio de 2016, que la Audiencia Provincial hace suya y reproduce para reforzar su argumentación, y que condensa buena parte de los razonamientos doctrinales que apoyan esa tesis. Dice la resolución en sus apartados tercero y cuarto:

«3. En definitiva, conceptualmente, deben separarse dos supuestos: el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo.

«El sistema de retribución inherente al cargo debe constar siempre en los estatutos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración. Básicamente hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y las demás simples. La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como consejo. En ese caso las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores); el sistema de retribución de esta función o actividad es lo que debe regularse en estatutos. Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal. Es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que surge del nombramiento como consejero por la junta general; que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro. La retribución debida por la prestación de esta función

ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero. Por el contrario, en las formas de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios), las funciones inherentes al cargo incluyen todas las funciones anteriores y, especialmente, las funciones ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar en estatutos (artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

»Sin embargo, y aunque no sea el caso del presente recurso, cabe precisar que también en esos supuestos referidos de administración simple pueden existir funciones extrañas al cargo. Estas funciones extrañas al cargo -es decir, las que nada tienen que ver con la gestión y dirección de la empresa- tampoco es necesario que consten en estatutos, sino simplemente en los contratos que correspondan (contrato de arrendamiento de servicios para regular las prestaciones profesionales que presta un administrador a la sociedad, contrato laboral común, etc., en función de las labores o tareas de que se trate); lo único que no cabría es un contrato laboral de alta dirección, porque en ese caso las funciones propias del contrato de alta dirección se solapan o coinciden con las funciones inherentes al cargo de administrador en estas formas de organizar la administración (Resolución de 10 de mayo de 2016).

»4. De las anteriores consideraciones se desprende que debe admitirse una cláusula estatutaria que, a la vez que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador -con la consecuencia de que no perciba retribución alguna por sus servicios como tal- añada que el desempeño del cargo de consejero delegado será remunerado mediante la formalización del correspondiente contrato. Y a esta remuneración por el ejercicio de funciones que, al ser añadidas a las deliberativas, constituyen un plus respecto de las inherentes al cargo de administrador «como tal» no es aplicable la norma del artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital que impone la reserva estatutaria del sistema de retribución de los administradores en cuanto tales. Por ello, ninguna objeción puede oponerse a la disposición estatutaria que exige que el importe de dicha remuneración se acuerde anualmente en junta general de socios; previsión que, por lo demás, se ajusta a la exigencia legal de que el referido contrato sea «conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la

junta general» (artículo 249, apartado 4 i.f. de la misma Ley)».

3.-Para alcanzar estas conclusiones, los defensores de esta tesis han resaltado, como extremos fundamentales de la reforma, la utilización de la expresión «administradores en su condición de tales» en los nuevos apartados segundo y tercero del art. 217 TRLSC, y la exigencia de que se celebre un contrato entre la sociedad y los consejeros delegados o ejecutivos, que sea aprobado por el consejo de administración y en el que se detallarán todos los conceptos por los que puedan obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, que se contiene en los apartados tercero y cuarto del art. 249 TRLSC.

SEXTO.-Significado de la reforma. La reserva estatutaria del sistema de remuneración y el contrato concertado con los consejeros delegados o ejecutivos.

1.-Este tribunal no comparte las conclusiones que la Audiencia Provincial alcanza sobre el significado de la reforma que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha realizado en el régimen legal de la remuneración de los administradores sociales. Consecuentemente, tampoco comparte la doctrina que ha establecido la DGRN sobre esta cuestión.

2.-Habida cuenta de las circunstancias que concurren en la polémica acerca del alcance de la reforma y de la significación de los nuevos preceptos legales, debe recordarse que la interpretación de tales preceptos legales ha de realizarse mediante los instrumentos de interpretación que establece el art. 3.1 del Código Civil, esto es, «según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Tampoco está de más recordar que, como afirmara la doctrina clásica de la hermenéutica jurídica, «el juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino solo a lo que de hecho ha dispuesto; más exactamente: a lo que, como contenido de su disposición, ha hallado expresión en las palabras de la ley según el sentido lógico, el gramatical, y el que se infiere de su conexión sistemática». Tanto más cuando la invocación se hace a veces no a lo que el legislador ha podido querer (aunque cuando se invoca la mens legislatoris se obvian las finalidades manifestadas expresamente en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre) sino a las intenciones de quienes han

intervenido en el proceso prelegislativo. Los trabajos previos al proceso legislativo propiamente dicho tienen trascendencia en la comprensión de la norma, que solo pueden ser tomados en consideración en su interpretación en tanto hayan tenido una adecuada plasmación en el texto de los nuevos preceptos legales, interpretados de forma sistemática respecto del resto del ordenamiento jurídico, en especial, la normativa societaria, y en atención a la finalidad expresada en la ley.

3.-Como primer argumento, no consideramos que el art. 217 TRLSC regule exclusivamente la remuneración de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos, y que la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos esté regulada exclusivamente por el art. 249.3 y 4 TRLSC, de modo que la exigencia de previsión estatutaria no afecte a la remuneración de estos últimos ni se precise acuerdo alguno de la junta general en los términos previstos en el art. 217 TRLSC.

El art. 217 TRLSC sigue regulando, como indica su título, la «remuneración de los administradores», y su apartado primero exige que los estatutos sociales establezcan, si no se quiere que el cargo sea gratuito, el carácter remunerado del mismo y determinen el sistema de remuneración del «cargo de administrador». El precepto no distingue entre distintas categorías de administradores o formas del órgano de administración. En concreto, cuando se trata de un consejo de administración, no distingue entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos.

Por tanto, este precepto exige la constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y del sistema de remuneración, cuestión objeto de este recurso, para todo cargo de administrador, y no exclusivamente para una categoría de ellos.

4.-Tampoco la utilización de la expresión «administradores en su condición de tales» en los nuevos apartados segundo y tercero del art. 217 TRLSC debe interpretarse como han hecho la Audiencia Provincial y la DGRN.

La condición del administrador, como de forma reiterada ha declarado este tribunal (en el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al interpretar el art. 1.3.c del Estatuto de los Trabajadores), no se circunscribe al ejercicio de facultades o funciones de carácter deliberativo o de supervisión, sino que son inherentes

a su cargo tanto las facultades deliberativas como las ejecutivas. De ahí que el art. 209 TRLSC prevea, con carácter general, que «es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley».

Nuestro sistema de órgano de administración social es monista, no existe una distinción entre un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión, como en los sistemas duales. Los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas.

No encontramos en la nueva redacción de la ley elementos que nos lleven a otra conclusión.

5.-Cuestión distinta es que en la forma compleja de organización del órgano de administración, el consejo de administración, puedan delegarse algunas de estas facultades, en concreto algunas facultades ejecutivas, en uno o varios de sus miembros.

Que la ley permita la delegación de algunas de estas facultades (no todas, pues son indelegables en todo caso las previstas en el actual art. 249.bis TRLSC, algunas de las cuales no tienen un carácter propiamente deliberativo) no excluye que se trate de facultades inherentes al cargo de administrador. Pueden ser delegadas justamente porque se trata de funciones propias de los administradores delegantes, inherentes a su condición de tal. Nemo dat quod non habet [nadie da lo que no tiene] .

No es correcto, por tanto, circunscribir las facultades propias de los administradores «en su condición de tales» a las que son indelegables en un consejo de administración.

6.-Por tanto, con la expresión «administradores en su condición de tales» se está haciendo referencia al administrador en el ejercicio de su cargo, esto es, al cargo de administrador que se menciona en el primer apartado del art. 217 TRLSC, y se contrapone a la utilización del término «administradores» por preceptos como el art. 220 TRLSC, referido a las sociedades de responsabilidad limitada, que hace referencia no al cargo, sino a la persona que lo desempeña, pero en facetas ajenas a las propias del ejercicio del cargo de administrador. Mientras que las remuneraciones por el primer concepto han de responder a la exigencia de reserva o determinación estatutaria y a las demás exigencias que establecen el art. 217 TRLSC y los preceptos que lo desarrollan, las remuneraciones (en su sentido más amplio) que el

administrador perciba de la sociedad, pero no «en su condición de tal», han de ajustarse al art. 220 TRLSC en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y a las normas reguladoras del conflicto de intereses, con carácter general (en especial, arts. 229.1.a y. 230.2 TRLSC), pero no exigen previsión estatutaria.

Consecuencia de lo expuesto es que «el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por [...] los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa» que prevé el art. 260.11 TRLSC como una de las menciones de la memoria, incluye las remuneraciones recibidas por los administradores «en su calidad de tales», esto es, en el desempeño del cargo de administrador, y por «cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores» (como es el caso de las que son objeto del art. 220 TRLSC), siendo en este segundo caso una remuneración por la realización de actividades ajenas a las que son inherentes a «los administradores en su condición de tales».

Si algunos miembros del consejo de administración ejercen funciones ejecutivas lo hacen en su condición de administradores, porque solo en calidad de tales pueden recibir la delegación del consejo.

7.-La tesis de que el art. 217 TRLSC regula exclusivamente la remuneración de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos, y que la expresión «administradores en su condición de tales» hace referencia a estos administradores que no son consejeros delegados o ejecutivos, no concuerda con el hecho de que la mayoría de los conceptos retributivos del sistema de remuneración que establece el art. 217.2 son los propios de estos consejeros delegados o ejecutivos. Así ocurre con los previstos en los apartados «c» a «g» (participación en beneficios, retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, remuneración en acciones o vinculada a su evolución, indemnizaciones por cese y sistemas de ahorro o previsión).

8.-En concreto, los conceptos retributivos consistentes en la participación en beneficios, desarrollado en el art. 218 TRLSC, y en la remuneración en acciones o vinculada a su evolución, desarrollado en el art. 219 TRLSC, son típicos conceptos retributivos de los consejeros delegados o ejecutivos. La Recomendación C (2009) 3177 de la Comisión Europea considera que la

forma de remuneración prevista en el art. 219 TRLSC solo es apropiada para los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas. Lo hace respecto de las sociedades cotizadas, pero no existen razones para adoptar un criterio distinto en las sociedades no cotizadas.

En ambos preceptos se exige que esa forma de remuneración esté prevista en los estatutos y que la junta general intervenga mediante la adopción de un acuerdo, intervención de la junta que en el caso del art. 218 tendrá lugar cuando los estatutos sociales solo establezcan el porcentaje máximo de la participación en beneficios, y que tendrá lugar siempre en el caso del art. 219 TRLSC, esto es, cuando en los estatutos se prevea una remuneración vinculada a las acciones de la sociedad.

9.-Otro argumento para considerar que la reserva estatutaria prevista en el art. 217 TRLSC para el sistema de retribución de los administradores es también aplicable a los consejeros delegados y ejecutivos lo encontramos en el art. 249.bis.i TRLSC, introducido por la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

Tras prever el art. 249.3 y 4 TRLSC que cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración, contrato en que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, el art. 249.bis.i TRSLC prevé como una de las facultades que el consejo de administración no puede delegar «las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general» (énfasis añadido).

La ubicación del precepto, su referencia no a los «consejeros no ejecutivos», ni siquiera a los «administradores en su condición de tales» (si es que a esta expresión pudiera darse el sentido que sostienen la Audiencia Provincial y la DGRN), sino a los consejeros en general, muestran que la exigencia de reserva estatutaria para la retribución de los administradores se extiende a todos los administradores sociales, incluidos los miembros del consejo de administración y, dentro de ellos, a los consejeros delegados y ejecutivos, respecto de los

cuales se adoptan las principales decisiones del consejo relativas a la remuneración de los consejeros.

10.-Tampoco consideramos aceptable la tesis, sostenida por un sector de la doctrina, de que aunque el art. 217.2 TRLSC no es aplicable a los consejeros delegados o ejecutivos (pues en él se utiliza la expresión «administradores en su condición de tales», que según esta tesis iría referida exclusivamente a los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos), sí lo son los arts. 218 y 219 TRLSC, en tanto que se refieren genéricamente a los administradores, sin más precisiones, y regulan dos formas de retribución típica de los consejeros delegados o ejecutivos.

Y no lo consideramos aceptable porque estos últimos preceptos son el desarrollo de dos de los conceptos retributivos que se prevén en el art. 217.2 TRLSC. Es contradictorio que se afirme que un precepto, el art. 217.2 TRSLC, no es aplicable a los consejeros delegados o ejecutivos, pero que sí lo son los preceptos legales que desarrollan algunas de sus previsiones, como son los arts. 218 y 219 TRLSC, que reiteran la exigencia de reserva estatutaria contenida en el art. 217 TRLSC.

Lógicamente, tampoco es admisible la tesis de quienes sostienen que esos preceptos, al igual que el art. 217, no son aplicables a los consejeros delegados o ejecutivos, por las razones antes expuestas. Tanto más cuando regulan conceptos retributivos que se aplican de forma típica a estos consejeros, y que carecen de aplicación práctica en el caso de consejeros no ejecutivos.

11.-Conforme al art. 217.3 TRLSC, la distribución de la retribución entre los distintos consejeros se realizará por decisión del consejo de administración «que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero». Si se considera, como hace la sentencia recurrida, que la regulación de la remuneración de los consejeros delegados y ejecutivos es ajena a dicho precepto, puesto que se encuentra exclusivamente en el art. 249 TRLSC, no se entiende qué «distintas funciones y responsabilidades», que no sean las ejecutivas, pueden determinar de manera principal el desigual reparto de las remuneraciones entre los distintos miembros del consejo de administración en las sociedades no cotizadas, a excepción de la presidencia del consejo de administración, lo que no parece suficiente para justificar un precepto de este tenor.

Consideramos que la lógica del sistema determina que los términos del contrato del art. 249.3 y 4 TRLSC constituyen el desarrollo del acuerdo de distribución de la retribución entre los distintos administradores adoptado por el consejo de administración con base en el art. 217.3 TRLSC. Han de enmarcarse en las previsiones estatutarias sobre retribuciones y dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores aprobado por la junta general.

12.-Tampoco parece razonable que, siendo la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos la más importante entre los distintos consejeros, no solo escapen a la exigencia de previsión estatutaria y a cualquier intervención de la junta general en la fijación de su cuantía máxima, sino que, además, los criterios establecidos en el art. 217.4 TRLSC no le sean aplicables.

La mayoría de estos criterios solo cobran verdadera trascendencia práctica si se aplican a las remuneraciones de los consejeros delegados o ejecutivos.

13.-Una interpretación del nuevo régimen legal de la remuneración de los administradores sociales como la realizada por la Audiencia Provincial supone, como la propia sentencia recurrida reconoce, comprometer seriamente la transparencia en la retribución del consejero ejecutivo y afectar negativamente a los derechos de los socios, especialmente del socio minoritario, en las sociedades no cotizadas, por la severa restricción de la importancia del papel jugado por la junta general.

Estas consecuencias negativas se ven potenciadas por la restricción en el régimen que disciplina la información que los socios pueden obtener sobre este particular, provocada, en primer lugar, por la reforma de los arts. 260 y 261 TRLSA por la Ley 22/2015, de 20 de julio, puesto que no solo se permite que la información contenida en la memoria sobre el importe de la remuneración, de cualquier clase, recibida por los miembros del órgano de administración pueda darse de forma global por concepto retributivo, como ya ocurría antes de dicha reforma, sino que además esa mención de la memoria no está entre las preceptivas en el caso de las sociedades que pueden formular balance abreviado (que son una parte considerable de las sociedades no cotizadas), puesto que se permite que mediante un simple reglamento pueda autorizarse su omisión.

En segundo lugar, esta restricción de la información que los socios pueden obtener sobre este particular viene también potenciada por la desactivación parcial de la infracción del deber de información como causa de impugnación de los acuerdos sociales que se ha producido en la reforma de los arts 197 y 204 TRLSL por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

14.-Estas consecuencias no serían coherentes con los objetivos explicitados en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, entre los que estarían «reforzar su papel [de la junta general] y abrir cauces para fomentar la participación accionarial».

Y, especialmente, la tesis de la desaparición de la reserva estatutaria para la remuneración de los consejeros ejecutivos contradice la afirmación del preámbulo de la ley respecto del nuevo régimen legal de las remuneraciones de los administradores sociales: «la Ley obliga a que los estatutos sociales establezcan el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones de gestión y decisión, con especial referencia al régimen retributivo de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas. Estas disposiciones son aplicables a todas las sociedades de capital».

15.-Las previsiones contenidas en los arts. 160.j y 161 TRSLC, o la posibilidad de aprobación por la junta general de una política de retribuciones (arts. 249.4, último inciso, y 249.bis.i TRSLC), no constituyen instrumentos suficientes para conseguir los objetivos expuestos en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en las sociedades no cotizadas.

16.-Como consecuencia de lo expuesto, el sistema diseñado en la TRSLC, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, queda estructurado en tres niveles.

El primero está constituido por los estatutos sociales, que conforme a lo previsto en el art. 217.1 y 2 y 23.e TRLSL han de establecer el carácter gratuito (bien expresamente, bien por no tener previsión alguna al respecto) o retribuido del cargo y, en este último caso, han de fijar el sistema de retribución, que determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los previstos con carácter ejemplificativo en el art. 217.2 TRLSL.

17.-El segundo nivel está constituido por los acuerdos de la junta general, a la que corresponde establecer el importe máximo de remuneración anual de los administradores en las sociedades no cotizadas (art.

217.3 TRLSL, primer inciso), sin perjuicio de que la junta pueda adoptar un acuerdo de contenido más amplio, que establezca una política de remuneraciones, como resulta de los arts. 249.4,II y 249.bis.i TRLSL, que contemplan este acuerdo con carácter eventual («en su caso») en las sociedades no cotizadas, puesto que en el caso de las sociedades cotizadas el acuerdo que establezca la política de remuneraciones es preceptivo (art. 529 novodécies TRLSL). Este límite máximo fijado por la junta «permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación» (art. 217.3 TRLSL, primer inciso).

Asimismo, salvo disposición contraria en los estatutos, la junta general podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos en materia de retribución de consejeros, y en concreto, de consejeros delegados o ejecutivos (art. 161 TRLSL).

Además de estos acuerdos de contenido más general, los arts. 218.1 y 219 TRSLC prevén también la intervención de la junta. En el primer caso, solo cuando la previsión estatutaria de la participación en los beneficios como concepto retributivo contenga una previsión de porcentaje máximo, en cuyo caso la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.

En el caso del art. 219 TRSLC, cuando exista una previsión estatutaria que establezca como sistema de remuneración de los administradores (solo o junto con otros conceptos retributivos) la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones, su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas que deberá incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan.

18.-El tercer nivel del sistema está determinado por las decisiones de los propios administradores. Salvo que la junta general determine otra cosa, a ellos corresponde, conforme al art. 217.3 TRLSL, la distribución de la retribución entre los distintos administradores, que se establecerá por acuerdo de estos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en

consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

19.-Cuando el consejo de administración designe entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas y establezca el contenido, los límites y las modalidades de delegación, la determinación de todos los conceptos por los que estos consejeros puedan obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas (incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro) ha de realizarse mediante el contrato que necesariamente ha de celebrarse entre el consejero en el que hayan delegado facultades ejecutivas y la sociedad.

Este contrato deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado ha de abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado se incorporó como anejo al acta de la sesión. Así lo disponen los arts. 249.3 y 4 TRLS.

La celebración de este contrato no solo permite concretar los distintos conceptos retributivos de la remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos (lo que podía realizarse mediante un simple acuerdo del consejo de administración), sino que también se muestra como el medio adecuado de plasmar el consentimiento del consejero delegado o ejecutivo no solo en la aceptación del cargo sino también en su vinculación a los concretos términos retributivos y de toda índole en que se haya negociado su nombramiento, suficientemente desarrollados y detallados.

La relación entre el consejero delegado o ejecutivo y la sociedad se sustancia no solo por el nombramiento orgánico en un acuerdo de la junta (que le nombra consejero) y del consejo (que delega en él determinadas funciones) sino también mediante un negocio jurídico bilateral en el que pueden detallarse los términos y condiciones particulares conforme a los cuales debe desarrollarse la función de administrar por parte de quien ocupa el cargo de consejero delegado o ejecutivo, completando de esta forma las insuficiencias del estatuto legal del cargo orgánico, de tal modo que ambas partes resultan vinculadas por los términos del contrato.

20.-El desarrollo y concreción del sistema de retribución de los administradores a través de estos tres niveles ha de realizarse conforme a las exigencias contenidas en el propio TRLS, ya sean estas de carácter general, como es el caso de los criterios generales contenidos en el art. 217.4 TRLS (guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables y estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables), ya sean previsiones más concretas, como son por ejemplo las contenidas en el art. 218.2 y 3 TRLS respecto de los límites de la retribución consistente en la participación en beneficios.

21.-Por tanto, en las sociedades no cotizadas, la relación entre el art. 217 TRLS (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLS no es de alternatividad, como sostiene la sentencia recurrida y la DGRN, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 TRLS, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del art. 217, la intervención de la junta de los arts. 217.3, 218 y 219, los criterios generales de determinación de la remuneración del art. 217.4 y los requisitos específicos para el caso de participación en beneficios o remuneración vinculada a acciones de los arts. 218 y 219.

La relación entre unos y otros preceptos (217 a 219, de una parte, y 249 TRLS, de otra) es de carácter cumulativo, como sostiene el recurrente. El régimen general se contiene en los arts. 217 a 219 TRLS, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos. De hecho, algunas de sus previsiones (retribuciones previstas en los apartados «c» a «g» del art. 217.2 y el desarrollo que de algunas de ellas se contienen en los arts. 218 y 219) son aplicables de forma típica a los consejeros delegados o ejecutivos.

El art. 249 TRLS contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras

partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al «marco estatutario» y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores. Asimismo, esta retribución del consejero delegado o ejecutivo recogida en el contrato debe ajustarse a los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRLS y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLS cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales.

22.-Aunque alguna de las consideraciones que se han realizado en los fundamentos anteriores sobre la interpretación de determinadas normas del TRLS pudiera ser discutible aisladamente considerada, la interpretación conjunta del régimen diseñado para regir las remuneraciones de los administradores sociales y, especialmente, la interpretación sistemática de los arts. 217, 218, 219 y 249 TRLS, con los demás preceptos citados, teniendo en cuenta las finalidades expresadas en el preámbulo de la ley de reforma, conduce a las conclusiones expuestas.

23.-Ahora bien, la consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los miembros del órgano de administración en las sociedades no cotizadas nos lleva también a la conclusión de que la atribución al consejo de administración de la competencia para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, mediante una decisión que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, y la atribución de la competencia para, en el caso de designar consejeros delegados o ejecutivos, aprobar con carácter preceptivo un contrato con los consejeros delegados o ejecutivos en el que se detallen todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN, sin perjuicio de que las sentencias más recientes de esta sala, aun referidas a la anterior normativa societaria, ya han apuntado hacia esa

mayor flexibilidad de la exigencia de reserva estatutaria (en este sentido, sentencias de esta sala 180/2015, de 9 de abril, y 505/2017, de 19 de septiembre).

La atribución al consejo de administración de esta competencia supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía «dentro del marco estatutario» a que hace mención el art. 249.bis.i TRLS, que es el regulado con carácter principal en el art. 217 TRLS, y dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores que haya aprobado la junta general conforme prevé el art. 217.3 TRLS.

Este ámbito de autonomía, dentro de un marco estatutario entendido de una forma más flexible, debe permitir adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales.

24.-Por las razones expuestas, la sentencia de la Audiencia Provincial, cuyo rigor y claridad no podemos dejar de subrayar, debe ser revocada, y la sentencia de primera instancia, desestimatoria de la demanda, debe ser confirmada.

Una cláusula estatutaria como la controvertida, que prevé que «el cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios», no es conforme al régimen legal de retribución de los administradores y, en concreto, de los consejeros ejecutivos, tal como ha quedado diseñado en nuestro Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, tal como ha resultado interpretado en esta sentencia, puesto que la posibilidad de fijar una retribución para los consejeros delegados es contradictoria con el carácter gratuito del cargo de administrador que se expresa en la cláusula, no se establece sistema de remuneración alguno para los consejeros ejecutivos, es más, se declara que no es necesaria previsión estatutaria

alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, y se excluye expresamente el acuerdo de la junta que fije el importe máximo anual de la remuneración del conjunto de los administradores por el ejercicio de su cargo».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1878/2015] DE 1 DE MARZO DE 2018 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Sociedades de capital: órgano de administración. El hecho de que se ostente, como persona física, la representación de una administradora-persona jurídica, no implica que, desde la perspectiva de la responsabilidad, las personas físicas deban considerarse administradores de hecho.

«El presente caso, con relación a un supuesto de personas físicas representantes de personas jurídicas administradoras de unas sociedades plantea, como cuestión de fondo, la condición de administradores de hecho de dichas personas físicas a los efectos de la responsabilidad por dicha condición.

2. En síntesis, la entidad Alerpharma S.A. demandante y aquí parte recurrente, suscribió el 22 de febrero de 2007 un contrato con la empresa Engindus Europe S.A. para la ejecución de una obra de instalación y acondicionamiento de un laboratorio que la demandante estaba construyendo en Alcalá de Henares.

A finales de junio de 2008, Engindus Europe S.A. abandonó la obra dejándola inacabada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid, en la sentencia de 26 de septiembre de 2011, estimó la demanda presentada por Alerpharma S.A. y condenó a Engindus Europe S.A. al pago de 192.647,29 euros, más los intereses legales. En ese procedimiento Engindus Europe S.A. fue declarada en rebeldía.

En el presente procedimiento, Alerpharma S.A. ejercita una acción de responsabilidad contra las dos administradoras de la sociedad Engindus Europe S.A., las entidades Catistres 2000 S.L. y Dositecno 95 S.L., administradoras mancomunadas, y contra las dos personas físicas representantes de estas, los codemandados D. Eulogio y D. Nemesio, respectivamente. Dicha acción se fundamenta tanto en la responsabilidad por no promover la disolución social, con invocación de la concurrencia de las causas de disolución previstas en el art. 260.1, 3.ª y 4ª LSA.,

como en la acción individual de responsabilidad de los administradores de los art. 133 y 135 LSA.

Los codemandados Dositecno 95 S.L. y D. Nemesio no se personaron ni presentaron escrito de contestación, y fueron declarados en rebeldía.

3. La sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia lo estimó en parte. En lo que aquí interesa, desestimó la reclamación contra los representantes de las citadas entidades, con la siguiente fundamentación:

«[...] En las presentes actuaciones no se ha acreditado que las personas que en realidad gestionaban la sociedad deudora fueran los codemandados Eulogio y Nemesio. Es decir no hay prueba de que en realidad aquellos codemandados fueran los que habitualmente adoptaban las decisiones en la sociedad deudora, tomaban las directrices en la dirección de la sociedad deudora y llevaban, en definitiva, la efectiva administración de Engindus Europe S.A. más allá del ámbito de representación, como personas físicas, de las administradoras de derecho de la sociedad deudora: CATISTRES 2000 S.L. Y DOSITENCO 95 S.L. El hecho de que se ostente, como persona física, la representación de una administradora, persona jurídica, no implica que aquella sea la prueba de que el representante se exceda del poder otorgado y que adopte decisiones al margen del ámbito de representación que tiene conferido, de lo que no hay la prueba precisa en las presentes actuaciones».

4. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal que ha resultado inadmitido, y recurso de casación que ha resultado admitido en sus motivos tercero y cuarto.

Recurso de casación

SEGUNDO.- Administrador de hecho. Concepto y caracterización. Personas físicas representantes de personas jurídicas administradores de varias sociedades. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. En el motivo tercero, la demandante denuncia la infracción del art. 236 de la LSC. Argumenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala sobre la figura del administrador de hecho. Cita en apoyo de su tesis las sentencias de esta sala 924/2005, de 24 de noviembre (RJ 2005, 7854), 55/2008, de 8 de febrero (RJ 2008,

2664) y 721/2012, de 4 de diciembre (RJ 2013, 2405), así como la sentencia de la sala segunda de este Tribunal 816/2016, de 26 de julio.

2. El motivo debe ser desestimado.

En primer lugar, hay que señalar que la cita de una sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo no puede fundar un motivo de casación ante esta sala primera, pues la jurisprudencia de la sala segunda sobre el concepto de administrador de hecho no vincula a la sala primera.

En segundo lugar, hay que precisar que, por razón de su vigencia temporal, el precepto que resulta aplicable al presente procedimiento es el art. 133 LSA, que presenta una distinta regulación de esta materia respecto del alegado art. 236 LSC.

Por último, con relación al fondo del asunto, hay que señalar que, por definición, las personas físicas representantes de personas jurídicas administradoras de unas sociedades no pueden ser calificadas de administradores de hecho, pues precisamente desarrollan las funciones de su cargo con arreglo a una representación expresamente prevista en la ley.

3. Por las razones expuestas la desestimación del motivo tercero comporta la innecesariedad del examen del motivo cuarto, que se sustenta en idénticas infracciones a las ya denunciadas».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2944/2015] DE 6 DE MARZO DE 2018 [Ponente: Antonio Salas Carceller]

Contrato de arrendamiento de local de negocio: extinción del arrendamiento cuando, no obstante la jubilación del arrendatario, continúa la actividad laboral por cuenta propia. Si conforme al RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, prosigue la actividad, no existe causa legal de extinción del contrato arrendaticio.

«Doña Estela, doña Rosa y doña Candelaria interpusieron demanda contra doña Lina solicitando que se dictara sentencia que, estimando íntegramente la demanda, declarara extinguido el contrato de arrendamiento de local sito en Valencia C/ DIRECCION000 NUM000, por jubilación de la arrendataria -hoy demandada- en virtud de resolución

administrativa de fecha 5 de junio de 2013, la cual ya se había subrogado en la posición de su esposo fallecido, que era arrendatario desde el 5 de agosto de 1982.

Al amparo del RDL 5/2013, la arrendataria se ha acogido a una modalidad de jubilación que le permite, al llegar a la edad correspondiente, compatibilizar la percepción del 50% de la pensión por jubilación con la continuación del trabajo por cuenta propia.

La parte demandada se opuso alegando que precisamente la jubilación flexible, parcial o activa, que es la que se le ha reconocido, no determina la extinción del contrato de arrendamiento pues en dicha modalidad son compatibles la jubilación y continuar con el trabajo hasta ese momento desempeñado, todo ello al amparo de lo previsto en el RDL 5/2013, que contempla una modalidad de jubilación que permite, al llegar a la edad correspondiente, compatibilizar la percepción del 50% de la pensión por jubilación con la continuación del trabajo por cuenta propia.

Seguido el proceso, la sentencia de primera instancia estimó la demanda ejercitada por considerar que al amparo de la DT 3ª LAU 1994 la jubilación del arrendatario determina «ope legis» la extinción del arrendamiento, aunque continúe con su actividad laboral. La demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª) dictó sentencia de fecha 22 de julio de 2015 por la que desestimó el recurso y confirmó la resolución impugnada.

Considera la Audiencia que la jubilación del arrendatario, aunque continúe su actividad con la modalidad de jubilación «activa», determina la extinción del contrato de arrendamiento, de conformidad con las sentencias de esta sala de 8 de junio de 2011 y de 21 de enero de 2013.

Contra dicha sentencia se interpone por la demandada recurso de casación, el cual fue admitido por auto de 29 de noviembre de 2017. La parte recurrida se opone a la admisión del recurso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 485 LEC, porque considera que la sentencia impugnada no se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala. Pero ello constituye en realidad el fondo de la cuestión planteada y, por tanto, no integra una de las llamadas causas absolutas de inadmisión que son las que únicamente se han de tener en cuenta para declarar el recurso inadmisibles sin entrar a conocer sobre el fondo del mismo.

SEGUNDO.-El recurso de casación aparece fundado, como motivo único, en la infracción de la Disposición Transitoria Tercera, B) 3, de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Reitera la recurrente que se halla en situación de jubilación activa, al amparo de la Ley 35/2002 y el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, por lo que prosigue con total actividad, percibiendo la mitad de la pensión que pudiera corresponderle, continúa cotizando a la Seguridad Social, y dispone de compatibilidad con su habitual actividad empresarial, por lo que no existe causa legal de extinción del contrato arrendaticio. Cita parte del Preámbulo del RDL 5/2013, en el sentido de que la reforma pretende: «la regulación de la jubilación parcial, de manera que se posibilite la compatibilidad entre el percibo de una pensión de jubilación y el desarrollo de actividades laborales desde el momento en el que se comience a percibir una pensión de dicha naturaleza a cargo del sistema de la Seguridad Social». Afirma que la jurisprudencia de esta sala (sentencias de 11 de junio de 2011, de 21 de enero y de 17 de septiembre de 2013) se refieren a supuestos de jubilación total en los que sí procede la extinción del contrato, lo que determina que al no darse dicha jubilación total la extinción no proceda.

TERCERO.-El recurso ha de ser estimado, rechazando la demanda que pretende la finalización del contrato de arrendamiento en el presente caso. El sistema establecido por el legislador para la finalización de estos contratos, celebrados bajo la vigencia de la LAU 1964 y en momento en que los mismos quedaban sujetos a prórroga forzosa, atiende al cese de la necesidad de uso del local por parte del arrendatario. El Preámbulo de la Ley de 1994 habla de la permanencia del contrato «mientras el arrendatario y su cónyuge vivan y continúen el ejercicio de la actividad que se venga desarrollando en el local».

En este caso se continúa con el ejercicio de la actividad por parte de la arrendataria actual con amparo en lo previsto en el RDL 5/2013, pese a la percepción de una pensión llamada de «jubilación», por lo que no cabe entender que se ha producido tal jubilación a los efectos previstos en la LAU 1994.

En relación con la jubilación del arrendatario, esta sala se ha pronunciado en sentencias de 8 de junio de 2011 y 21 de enero de 2013, que fijan la siguiente doctrina:

«...A) Esta Sala ha tenido ya ocasión de fijar como doctrina jurisprudencial que, en aplicación de la

Disposición Transitoria Tercera de la LAU de 1994, la jubilación del arrendatario determina la extinción del contrato de arrendamiento independientemente de que aquel continúe al frente de la actividad empresarial o comercial realizada en el local comercial. En este sentido la STS de 8 de junio de 2011 (RC núm. 1256/20071) establece que: «[.1 como trabajador resulta afectado por la situación de jubilación, por más que se sitúe al frente de una actividad empresarial». Asimismo declara que: «La regla general es que el disfrute de la pensión por jubilación es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena/propia o con la realización de actividades para las Administraciones Públicas a excepción de la denominada jubilación flexible que permite compatibilizar ambos conceptos bajo circunstancias muy concretas».

Lógicamente tal doctrina se refiere a un momento anterior a la vigencia del RDL 5/2013, por lo que se refería a los supuestos fraudulentos en que, producida una jubilación total, se continuaba con la actividad, lo que desde luego no podía significar beneficio alguno para el arrendatario infractor. Pero precisamente esa doctrina, bajo la situación creada por la nueva norma, significa «a contrario sensu» que, cuando se prolonga legalmente la actividad, no se da la causa de extinción del arrendamiento; extinción que imposibilitaría en la práctica la prolongación de actividad en las mismas condiciones contempladas por el RDL 5/2013».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1211/2017] DE 15 DE MARZO DE 2018 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Contratos con consumidores: préstamo con garantía hipotecaria. Es abusiva una cláusula contractual que atribuye al prestatario-consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponible. Anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento, y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las

cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional.

«El 13 de junio de 2000, Dña. Amparo y Banco Herrero S.A. (actualmente, Banco de Sabadell S.A.) suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 72.121,45 €, con la finalidad de financiar la adquisición de una vivienda.

2.- En lo que ahora interesa, en el contrato se incluyeron las siguientes cláusulas: tercera bis (redondeo del tipo de interés variable); cuarta 4.2.3º (Comisiones. Reclamación de posiciones deudoras vencidas); quinta (gastos a cargo del prestatario); y sexta (intereses de demora).

En particular, la cláusula quinta es del siguiente tenor:

«Gastos a cargo del prestatario: La parte deudora asume el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, de todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que este documento tenga acceso al citado Registro y de los causados por las cartas de pago parcial o total del préstamo y por la cancelación de la hipoteca, así como de cuantos se ocasionen para exigir el cumplimiento de lo pactado o para la defensa por parte de Banco Herrero, de su crédito, comprendidos los de la interposición y la oposición a tercerías, incluidos los honorarios de Letrado y derechos de Procurador aunque su intervención no fuere preceptiva, la deudora asume la totalidad de los gastos de gestión y tramitación necesarios para la inscripción de la hipoteca».

3.- La Sra. Amparo interpuso una demanda de juicio ordinario contra el mencionado banco, en la que solicitó la declaración de nulidad de las mencionadas cláusulas y que se condenara a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación, con sus intereses legales.

4.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda, salvo en lo relativo a la cláusula quinta (gastos), al considerar, resumidamente, que la prestataria no había abonado gastos que no le hubiesen correspondido.

5.- La demandante recurrió en apelación dicha sentencia. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso y declaró nula la condición general quinta del

contrato de préstamo litigioso, con la excepción de las estipulaciones relativas a los tributos, y condenó a la entidad financiera a devolver a la demandante 699,80 €.

SEGUNDO.- Recurso de casación. Motivo único. Planteamiento. Admisibilidad.

1.- La Sra. Amparo interpuso un recurso de casación, basado en un único motivo, por el cauce del art. 477.2.3º LEC, en el que denuncia la infracción del art. 89.3 c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGCU). Cita como infringida la sentencia de esta sala 705/2015, de 23 de diciembre.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, sintéticamente, que la cláusula que atribuye el pago de todos los impuestos a la prestataria es abusiva, porque no realiza distinción alguna, en función del tipo de tributo o del hecho imponible gravado, sobre quién debe ser el sujeto pasivo del impuesto en cuestión. En particular, aduce que la sentencia recurrida considera que en todos los hechos imponibles gravados por el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITPAJD) el sujeto pasivo es el prestatario e ignora que, como mínimo, no puede cargarse siempre al prestatario el impuesto derivado de la expedición de las copias, actas y testimonios que se interese del acto jurídico documentado notarialmente.

3.- En el escrito de oposición al recurso de casación, la parte recurrida plantea su inadmisión por falta de acreditación del interés casacional, al entender que la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de pleno de 23 de diciembre de 2015 no constituye base jurídica útil para este recurso, al haberse dictado con ocasión de una acción colectiva.

La cuestión sobre la relación entre los pronunciamientos de una sentencia en la que se resuelve una acción colectiva y los procedentes para resolver una acción individual tiene relevancia para la resolución del recurso, pero no es óbice para su admisión, una vez que está identificada la norma jurídica que se considera infringida y la jurisprudencia que se estima vulnerada por la sentencia recurrida.

TERCERO.- Precisión sobre la legislación aplicable por razones temporales.

1.- Aunque en el recurso se cita como infringido el art. 89.3 c) TRLGCU, ha de tenerse en cuenta que en la fecha en que se firmó el contrato de préstamo con garantía hipotecaria no estaba todavía vigente dicho Texto Refundido, sino que regía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGCU).

2.- No obstante, al tratarse de un texto refundido, el art. 89.3 c) no fue realmente una norma de nuevo cuño, sino que fue reflejo de la refundición o reajuste de una norma previa. Por ello, a estos efectos, en función de la fecha del contrato (13 de junio de 2000), deberemos tener en cuenta lo previsto en el art. 10 bis LGCU, en la redacción conferida por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1988, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que se remitía a la Disposición Adicional Primera de la propia LGCU, en la que se contenía un listado de cláusulas abusivas, entre las cuales, la 22 [«La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)»], es equivalente al actual art. 89.3 c) TRLGCU.

CUARTO.- Pronunciamientos jurisprudenciales previos sobre la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios

1.- La sentencia de esta sala 550/2000, de 1 de junio, trató la abusividad de la imposición al consumidor de los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de adquisición de una vivienda, con apoyo en el art. 10.1 c), apdo. 11 LGCU (en su redacción original, que era igual al apartado 22 de la Disposición Adicional Primera antes citado), pero no se refirió a los tributos que gravan la operación, sino a los gastos bancarios, notariales y registrales derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, obtención de hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación).

2.- A su vez, en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, se dijo que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la

carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal.

3.- Por último, la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio, incluyendo impuestos) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).

Por ejemplo, en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias; o en caso del arancel de los registradores, se da diferente tratamiento a la inscripción que a la expedición de certificaciones o copias simples.

Del mismo modo, en materia tributaria, lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imponible también diferentes.

4.- Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

Bien entendido que a quien corresponde primigeniamente la interpretación de las normas de carácter tributario o fiscal, conforme a los arts. 9.4 y 58 LOPJ y 1, 2 y 12 LJCA, en relación con el art. 37 LEC, es a la jurisdicción contencioso-administrativa, y en su cúspide, a la Sala Tercera de este Tribunal Supremo. Como hemos dicho en relación con otros impuestos, por ejemplo el IVA, el conocimiento de las controversias entre particulares acerca del

cumplimiento de obligaciones dimanantes de relaciones contractuales corresponde, en principio, al orden jurisdiccional civil, conforme al art. 9.1 LOPJ, pero cuando la controversia versa sobre la existencia o contenido de la obligación tributaria o sobre la determinación del sujeto que resulta obligado en virtud de la misma, su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa (sentencias 707/2006, de 29 de junio; 1150/2007, de 7 de noviembre; 343/2011, de 25 de mayo; y 328/2016, de 18 de mayo).

QUINTO.- El impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios.

1.- Decíamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, en lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, que el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD) dispone que estará obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en la «constitución de derechos reales», aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c); y en la «constitución de préstamos de cualquier naturaleza», el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 LITPAJD señala que la «constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo», tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo.

A su vez, el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales en que se recoge el préstamo, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que, dijimos en la mencionada sentencia, la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la expedición de las copias, actas y testimonios que interese. Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad

alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda.

2.- Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario (art. 7.1.B LITPAJD), ya hemos visto que el art. 8 LITPAJD, a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos reales» es sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario. De manera que si atendemos exclusivamente a la garantía (la hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora hipotecaria, puesto que la garantía se constituye a su favor; mientras que, si atendemos exclusivamente al préstamo, el sujeto pasivo sería el prestatario (el cliente consumidor). Sin embargo, dicha aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo».

3.- La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 20 de enero de 2004 [RC 158/2002]; 14 de mayo de 2004 [RC 4075/1999]; 20 de enero de 2006 [RC 693/2001]; 27 de marzo de 2006 [RC 1839/2001]; 20 de junio de 2006 [RC 2794/2001]; 31 de octubre de 2006 [RC 4593/2001]; 6 de mayo de 2015 [RC 3018/2013]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD.

En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

4.- Asimismo, frente a alguna duda de constitucionalidad que se ha manifestado doctrinalmente, debemos traer a colación dos resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto del art. 29 LITPAJD , en relación con los arts. 8.d) y 15.1 del mismo texto refundido, y con el 68 del Reglamento del Impuesto, por si pudieran ser contrarios a los arts. 14 , 31.1 y 47 de la Constitución Española. Se trata de los autos 24/2005 de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo. En la primera de tales resoluciones se dice:

«[...]es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de "actos jurídicos documentados" lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal (en el impuesto sobre el valor añadido o en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), tanto cuando se trata de préstamos con constitución de garantías (aunque la operación haya sido declarada exenta en ambos impuestos), como cuando se trata de constitución de garantías en aseguramiento de una deuda previamente contraída, pues en ambos supuestos se configura como obligado tributario de aquella modalidad impositiva a la persona que se beneficia del negocio jurídico principal: en el primer caso, el prestatario (el deudor real); en el segundo supuesto, el acreedor real (el prestamista)».

5.- En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto - préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública (arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -en adelante, el Reglamento-), tiene dos modalidades:

a) Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento).

b) Un derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento).

El art. 29 LITPAJD , al referirse al pago del impuesto por los documentos notariales, dice: «Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan».

Pero el art. el art. 68 del Reglamento del Impuesto contiene un añadido, puesto que tras reproducir en un primer párrafo el mismo texto del art. 29 de la Ley, establece en un segundo apartado: «Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

Aunque se ha discutido sobre la legalidad de dicha norma reglamentaria, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a que antes hemos hecho referencia no ha apreciado defecto alguno de legalidad (por todas, sentencia de 20 de enero de 2004). Y como hemos visto, el Tribunal Constitucional también ha afirmado su constitucionalidad.

6.- Así pues, en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento.

Y en cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

Respecto de la matriz, conforme al ya citado art. 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una

realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016).

Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento.

7.- Por último, y puesto que en la cláusula litigiosa se hace mención expresa a los tributos que graven la cancelación de la hipoteca, debe tenerse en cuenta que el art. 45 B.18 LITPAJD declara exentas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales.

SEXTO.- Estimación del recurso de casación. Consecuencias.

1.- Conforme a todo lo expuesto, debe estimarse en parte el recurso de casación, porque la cláusula controvertida es abusiva, y no solo parcialmente, como resuelve la Audiencia Provincial, sino en su totalidad, en cuanto que, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponibles. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario.

2.- Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.

Es decir, anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto

sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional.

Para adoptar esta decisión, la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/ CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores.

3.- Pese a la estimación del recurso de casación en lo referente a la abusividad de la cláusula, debemos compartir los criterios expuestos por la Audiencia Provincial sobre el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en cuanto a que no cabe devolución alguna por las cantidades abonadas por la constitución del préstamo. Aunque sí debería restituir el banco las cantidades cobradas por la expedición de las copias, cuando no se ajusten a lo antes indicado, este pronunciamiento no afecta al importe de las cantidades fijadas en la sentencia recurrida, pues más allá de su escasa incidencia económica, no se ha acreditado que, por el concepto de impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, la demandante hubiera pagado alguna cantidad distinta a la correspondiente a la constitución del préstamo y haber tenido en cuenta la Audiencia Provincial lo abonado por matriz y copias».