

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 77

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

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 415/2017] DE 11 DE ABRIL DE 2018 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Concurso de acreedores: rescisoria concursal. El perjuicio y la insolvencia son dos conceptos jurídicos cuya apreciación conlleva una valoración jurídica, sin perjuicio de que se apoyen en la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas. La impugnación de esta valoración jurídica no puede realizarse por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, sino que debe realizarse por medio del recurso de casación. Según jurisprudencia consolidada, el perjuicio se identifica con un sacrificio patrimonial injustificado: el perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa, y, además, debe carecer de justificación. Cuando con la dación en pago se extinguen pasivos por el doble del valor de los derechos cedidos, de modo que no existe detrimento de la masa activa, y la novación sufrida por los créditos concursales afectados por el concurso les permite cobrar, más tarde, pero en similar proporción y en dinero, sin que se aprecien circunstancias excepcionales en la naturaleza de los créditos o la condición del acreedor que permitan afirmar el carácter injustificado de la diferencia de trato entre los acreedores, la dación en pago no conlleva un perjuicio en cuanto que el sacrificio patrimonial que supone no es injustificado.

«Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como son expuestos por la sentencia recurrida.

El 31 de octubre de 2012, Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. (en adelante, OCASA) comunicó al juzgado mercantil correspondiente, a los efectos previstos en el art. 5 bis de la Ley Concursal (en lo sucesivo, LC), el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de financiación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. En ese escrito manifestaba que se hallaba en estado de insolvencia.

OCASA fue declarada en concurso de acreedores necesario por auto de 28 de mayo de 2013 (concurso 189/2013), a instancia del acreedor Sistemas Técnicos de Encofrados S.A.,

quien lo había solicitado en abril de 2013. A esta petición habían sido acumuladas otras provenientes de otros acreedores.

Con anterioridad a la declaración de concurso, OCASA otorgó una escritura pública, el 10 de mayo de 2013, por la que cedió el derecho de uso exclusivo de cuatro plazas de aparcamiento en Getafe, a la compañía mercantil Vidriera Arandina S.L. en pago de la deuda que había contraído con esta entidad por un importe de 72.600 euros. Se pactó un precio de transmisión de 18.150 euros para cada plaza de garaje y la cancelación de la deuda con renuncia de la acreedora a cualquier tipo de reclamación judicial y extrajudicial. El valor de mercado de las plazas de garaje era estimativamente inferior a la mitad del importe de la deuda.

OCASA era titular de esos derechos sobre las plazas de garaje por adjudicación de una cooperativa, en virtud de las escrituras de cesión.

Por las mismas fechas, también antes de que fuera solicitado y declarado su concurso de acreedores, OCASA llevó a cabo otras cesiones de derechos sobre plazas de aparcamiento a otras acreedoras, en pago de sus respectivos créditos.

La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), como acreedor concursal de OCASA, interpuso a la administración concursal para que ejercitara acciones rescisorias concursales sobre todas esas cesiones en pago. Ante la inactividad de la administración concursal, y en el ejercicio de la legitimación subsidiaria que prevé el art. 72 LC, la AEAT presentó 34 demandas en las que ejercitó acciones rescisorias respecto de las cesiones de plazas garaje ubicadas en Getafe en pago de deudas contraídas con distintos acreedores por un importe global de 4.428.600 euros.

En el concurso de acreedores de OCASA se aprobó un convenio en el que se estableció una quita del 50% del importe de los créditos y una espera conforme a la cual, el primer año se abonaba el 10% de los créditos novados, el segundo el 10%, el tercero el 20%, «y el resto el cuarto y quinto año».

2.- En la demanda que dio inicio al presente procedimiento, la AEAT pidió la rescisión concursal de la cesión de los derechos sobre las plazas de garaje en pago de los créditos de Vidriera Arandina S.L., por importe de 72.600 euros. Alegó como causa de pedir el perjuicio para la masa activa ocasionado por esa dación en pago, en cuanto que se había

vulnerado la par condicio creditorum. Como efecto consiguiente a la rescisión solicitada, solicitó que se dejara sin efecto la cesión, se ordenara la restitución de los derechos cedidos y se incluyera el crédito de la cesionaria en la lista de acreedores de OCASA.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por entender que con la operación realizada, si bien se había minorado la masa activa del concurso, a su vez se había reducido el pasivo en el importe de las cuotas y gastos de mantenimiento, además de que el precio fijado para la cesión del uso de cada plaza de garaje había sido de 18.150 euros, muy superior al precio de mercado, lo que supone una quita de la deuda entre un 58,67% y un 64,74%, superior a la del 50% establecida en la propuesta anticipada de convenio para la que la concursada contaba con más adhesiones que las necesarias para su aprobación.

4.- Recurrída en apelación la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y acordó la rescisión concursal de la dación en pago objeto de impugnación.

La sentencia de apelación, después de reseñar la jurisprudencia de la sala sobre qué debe entenderse por perjuicio para la masa activa y su aplicación a los pagos de créditos y a la dación en pago, concluyó que en este caso la cesión debía considerarse injustificada y perjudicial para la masa activa porque habría vulnerado el principio de la par condicio creditorum al anteponer a un acreedor sobre otros ante el inminente concurso. Dicho negocio jurídico tuvo lugar cuando la mercantil cedente se encontraba en situación de insolvencia.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial que para determinar la existencia de perjuicio para la masa activa habrá que tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento en que se realizó el acto jurídico y no las posteriores. La Audiencia Provincial no considera correcto el argumento de que, si bien el activo de la entidad concursada disminuyó con las cesiones realizadas, no se minoró también en 205.289,16 euros que serían las cuotas y gastos de mantenimiento de las plazas de garaje, y ello porque si bien la titularidad de uso de las plazas y su mantenimiento tiene un coste para su titular, obviamente también ha de producir un rendimiento derivado de su explotación.

Como consecuencia de los anteriores razonamientos, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la AEAT, acordó la rescisión de la dación en pago y como efecto consiguiente ordena a la cesionaria reintegrar a la masa los derechos cedidos y declara que el importe del crédito de la cesionaria debe ser incluido en la lista de acreedores como crédito concursal ordinario.

5.- Frente a la sentencia de apelación, OCASA formuló recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

En tanto que no se han encontrado diferencias apreciables entre este recurso y los recursos resueltos en las sentencias 115/2018, 116/2018 y 117/2018, todas ellas de 6 de marzo, y 125/2018, 126/2018 y 127/2018, todas ellas de 7 de marzo, ni se exponen en él argumentos que nos lleven a modificar nuestro criterio, para resolver este recurso se seguirán los criterios sentados en las sentencias anteriores citadas.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Formulación del motivo primero

1.- El encabezamiento del motivo expresa que se formula al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia contenidas en el art. 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la sentencia recurrida resuelve sobre pretensiones que no han sido deducidas en el recurso de apelación. Y añade: «con vulneración de los artículos 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no respetar la sentencia recurrida el principio de justicia rogada y estimar que la sentencia no es clara, precisa ni congruente con las pretensiones deducidas».

2.- En el desarrollo del motivo se explica que la sentencia de apelación únicamente podría entrar a valorar la ilógica o irracional argumentación en orden a las dos cuestiones planteadas en el recurso:

- si la sentencia de primera instancia argumenta de forma irracional o ilógica, prejuzgando la "ineludible aprobación judicial" de la Propuesta Anticipada de Convenio presentada por la concursada.

-si la sentencia de instancia argumenta de forma irracional o ilógica la existencia de error matemático en relación con el verdadero quebranto económico sufrido por los acreedores en la antedicha Propuesta Anticipada de Convenio.

Y, sin embargo, separándose de estas cuestiones, y sin que se hubiera cuestionado en el motivo segundo de apelación la singularidad de las daciones en pago firmadas, su cercanía en el tiempo a la declaración de concurso o la existencia de sociedades especialmente relacionadas con la concursada, que sí se invoca en su motivo primero desestimado, la Audiencia concluye que existe perjuicio para la masa sobre la base de esas consideraciones no invocadas en el motivo segundo.

TERCERO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo.

1.- El recurrente confunde el ámbito de conocimiento del tribunal de apelación con el propio del tribunal de casación, en relación con el juego de los motivos de apelación y los motivos de casación.

El recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal son recursos extraordinarios, que deben necesariamente fundarse en motivos taxativamente

previstos en la Ley, que son los que delimitan a priori los límites del ámbito de conocimiento del tribunal encargado de resolverlos.

No ocurre lo mismo en el recurso de apelación que, sin perjuicio de lo previsto en el art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se permite una revisión de la totalidad de las cuestiones que constituían el objeto litigioso resuelto en primera instancia. Es cierto que, dentro de este conocimiento propio de un tribunal de instancia, la Audiencia queda constreñida únicamente por la regla prevista en el art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual «el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461». Pero esto no significa que los motivos que se formulan en el recurso de apelación cumplan la misma función que en el recurso de casación y en el extraordinario por infracción procesal.

El art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de entenderse como que el tribunal de apelación debe resolver sólo las cuestiones controvertidas en el recurso de apelación y, en su caso, en el de impugnación del recurso, en cuanto que las partes pueden haberse conformado con algunos de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia y haber ceñido la controversia en apelación a unas determinadas cuestiones.

2.- Lo anterior no significa que el recurso de apelación deba articularse en motivos cuyo análisis y resolución haya de realizarse de forma independiente unos de otros, de tal forma que lo alegado en uno no pueda ser tenido en cuenta en otros. El recurso de apelación debe analizarse en su conjunto, sin perjuicio de que puedan distinguirse distintas razones que fundamentan el recurso y que se analicen sistemáticamente unas detrás de otras.

3.- En nuestro caso, el escrito de apelación impugna la desestimación de la acción rescisoria y reitera la procedencia de su estimación, para lo que vuelve a insistir en que la dación en pago de deudas realizada por OCASA es perjudicial para la masa. Razón por la cual, al margen de que de forma innecesaria y un tanto confusa el escrito de apelación haga referencia a motivos más propios en su formulación de los de casación, eso no impide al tribunal de apelación analizar globalmente la cuestión controvertida en toda su extensión, en cuanto que no fue expresamente reducida por el apelante.

CUARTO.- Formulación del motivo segundo.

1.- El motivo se formula al amparo del ordinal 4.º del art. 469. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por infracción de las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, por errónea y arbitraria valoración de la misma e infringirse los arts. 326 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al perjuicio para la masa

activa y la supuesta insolvencia, en relación con los arts. 71.1 y 71.4 de la Ley Concursal, con vulneración de derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de la Constitución».

2.- Los razonamientos que se contienen en el desarrollo del motivo se refieren a la valoración del perjuicio para la masa y del estado de insolvencia del deudor.

QUINTO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo.

1.- Aunque la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados.

2.- El perjuicio para la masa es un concepto jurídico y su apreciación, aunque pueda apoyarse en la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas, encierra una valoración jurídica que no puede impugnarse, como pretende el motivo, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por considerarse errónea. En su caso, la impugnación de esta valoración jurídica debería realizarse por medio del recurso de casación.

3.- Del mismo modo, la apreciación del estado de insolvencia, tal y como se concibe en el art. 2 LC, sin perjuicio de que se apoye su acreditación en una serie de circunstancias fácticas, encierra una valoración jurídica que tampoco puede ser impugnada por el recurso extraordinario por infracción procesal.

SEXTO.- Formulación del motivo tercero.

1.- En el encabezamiento se indica que el motivo se ampara en el ordinal 2.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por infracción de las normas procesales relativas al reparto de la carga de la prueba del art. 217, apartados 1, 2 y 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 71.4 de la Ley Concursal, ante la ausencia de prueba sobre el perjuicio para la masa activa y a la supuesta insolvencia de la recurrente».

2.- En el desarrollo del motivo se alega que en la sentencia recurrida se realizan dos pronunciamientos sobre cuestiones de hecho, que son susceptibles de prueba y sin embargo, a juicio del recurrente, no han sido objeto de práctica de prueba. Se afirma que las operaciones de dación en pago con las cesionarias resultan perjudiciales para la masa activa, por suponer un mayor sacrificio patrimonial para los acreedores concursales que para los acreedores-cesionarios.

Se afirma igualmente que la concursada, en las fechas de formalización de las escrituras de dación en pago, se encontraba en situación de insolvencia.

SÉPTIMO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo

1.- La recurrente entiende que el perjuicio y la insolvencia son dos cuestiones de hecho, cuando, como ya hemos expuesto al resolver el motivo segundo, se trata de dos conceptos jurídicos cuya apreciación conlleva una valoración jurídica, sin perjuicio de que se apoye en la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas.

2.- El recurso denuncia la infracción de las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando no han sido empleadas. Como hemos afirmado en otras ocasiones, «las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria» (sentencias 333/2012, de 18 de mayo, y 26/2017, de 18 de enero).

Recurso de casación.

OCTAVO.- Formulación del motivo primero

1.- El motivo denuncia la infracción del art. 71.1 en relación con el art. 71.4 LC, y la jurisprudencia sobre el perjuicio para la masa activa contenida en las sentencias de esta sala 629/2012, de 26 de octubre, 652/2012, de 8 de noviembre, y 105/2015, de 10 de marzo, así como la jurisprudencia sobre los pagos de deudas vencidas y exigibles, efectuados en el periodo sospechoso, contenida en las sentencias 487/2013, de 10 de julio, 692/2012, de 26 de octubre, 105/2015, de 10 de marzo, 642/2016, de 26 de octubre, y 653/16, de 4 de noviembre.

2.- En el desarrollo del motivo se razona por qué la sentencia de apelación ha apreciado de forma errónea el perjuicio y por qué hay sacrificio patrimonial injustificado.

El recurso parte de que los créditos satisfechos mediante las daciones en pago estaban vencidos y eran exigibles. Y luego explica cómo para el acreedor cesionario, la dación en pago ha supuesto una quita real sobre sus créditos superior al quebranto patrimonial de los acreedores concursales, en relación con la quita del 50% aprobada en el convenio.

Por último, el recurso expresa las razones que justificaban la operación, tales como la quita sufrida por los cesionarios y la difícil comercialización de los derechos de uso cedidos.

NOVENO.- Decisión del tribunal. El perjuicio patrimonial como requisito de la rescisión concursal.

1.- El motivo denuncia la infracción de los apartados 1 y 4 del art. 71 LC porque, conforme a la jurisprudencia de esta sala,

los actos de disposición objeto de rescisión concursal no habrían conllevado perjuicio para la masa activa.

Para resolver el motivo, en primer lugar, hemos de partir de la jurisprudencia sobre «perjuicio para la masa activa», para examinar después cómo se proyecta esta doctrina sobre los dos actos de disposición objeto de rescisión (daciones en pago), en atención a las concretas circunstancias en que fueron realizados.

2.- En la actualidad, existe una jurisprudencia consolidada que concibe el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado.

Esta jurisprudencia, invocada por el recurrente, se contiene en la sentencia 629/2012, de 26 de octubre, cuya doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores (entre otras, sentencias 652/2012, de 8 de noviembre; 100/2014, de 30 de abril; 363/2014, de 9 de julio; 428/2014, de 24 de julio; 631/2014, de 1 de noviembre; 41/2015, de 17 de febrero; 58/2015, de 23 de febrero; 112/2015, de 10 de marzo; 124/2015, de 17 de marzo; 199/2015, de 17 de abril; 340/2015, de 24 de junio; 642/2016, de 26 de octubre):

«El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.

»Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

»El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación».

3.- Los actos de disposición objeto de rescisión concursal son daciones en pago: OCASA cedió los derechos de uso exclusivo de varias plazas de aparcamiento a Vidriera Arandina S.L., en pago de una deuda que tenía con esta de 72.600 euros, deuda que estaba vencida y era exigible. El valor de los derechos cedidos era inferior a la mitad del crédito de Vidriera Arandina S.L., que se extinguía con la cesión.

La dación en pago fue acordada el 10 de mayo de 2013, en el periodo posterior a que OCASA realizara la comunicación del art. 5 bis de la Ley Concursal (31 de octubre de 2012) y anterior a su declaración de concurso a instancia de algunos de sus acreedores (28 de mayo de 2013).

4.- En las sentencias 175/2014, de 9 de abril, y 715/2014, de 16 de diciembre, hemos entendido que «la dación en pago supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que éste consiente recibir, con carácter solutorio, un aliud pro alio (una cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria».

Se trata de un negocio complejo, pues participa de las características del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación.

De tal forma que lo que puede ser objeto de rescisión concursal es el acuerdo de dación en pago contenido en la escritura pública, materializado en la entrega de los derechos sobre las plazas de aparcamiento y la satisfacción convenida de los créditos del cesionario. Y la procedencia de la rescisión viene determinada por la acreditación de que este acuerdo era perjudicial para el patrimonio del deudor concursado, en la medida en que conllevaba un perjuicio patrimonial injustificado.

5.- Si nos ajustamos a la relación entre el valor de los derechos sobre las plazas de parking cedidos por OCASA y el importe de la deuda que esta tenía con Vidriera Arandina S.L., tal y como ha quedado acreditado en la instancia por la sentencia recurrida, no habría perjuicio, en cuanto que el valor de los derechos cedidos era inferior a la mitad del importe de los créditos extinguidos. Desde el punto de vista del acuerdo de transmisión de bienes o derechos que supone la dación en pago, el importe por el que se transmitían era el doble de su valor, razón por la cual no habría propiamente sacrificio patrimonial.

6.- Es únicamente desde el punto de vista de la satisfacción de los créditos que se extinguían con la dación, que podría existir alguna duda sobre el perjuicio, en atención al momento y las circunstancias en que se realizaron, de acuerdo con la jurisprudencia contenida en las sentencias 629/2012, de 26 de octubre, y 487/2013, de 10 de julio

«en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum».

7.- La dación en pago se realizó para pagar unos créditos algunas semanas después de que la cedente, OCASA, hubiera realizado la comunicación del art. 5 bis LC, que conlleva la suspensión de las ejecuciones singulares, y algunos meses antes de que se hubiera declarado su concurso de acreedores. Ligado al hecho de que esta dación en pago no se realizó de forma aislada, sino que en ese periodo (primeros meses de 2013) OCASA cedió plazas garaje ubicadas en Getafe en pago de deudas contraídas con distintos acreedores por un importe global de 4.428.600 euros, y en todas ellas, según declara probado la Audiencia, el valor de las plazas era inferior al importe de los créditos.

Las circunstancias temporales en que se realizaron las daciones en pago hubieran podido ser muy relevantes si el importe de los créditos hubiera sido equivalente o inferior al valor de los derechos cedidos y si hubieran concurrido circunstancias excepcionales respecto de la naturaleza del crédito o la condición de su acreedor, que hubieran determinado la naturaleza injustificada de la diferencia de trato, como fue el caso objeto de la sentencia 487/2013, de 10 de julio.

Pero en nuestro caso la regla general ha sido que la cesión supuso que el acreedor cesionario recibió en pago de sus créditos unos derechos que valían menos de la mitad del importe de esos créditos. Y no se aprecian circunstancias excepcionales respecto de la naturaleza de los créditos o la condición del acreedor. Es más, consta que hubo un ofrecimiento por parte de la deudora a una generalidad de acreedores para realizar la dación en pago en estas condiciones, de modo que no se trató de una operación aislada sino que estuvo acompañada de otras realizadas con otros acreedores y en similares condiciones, con las que se extinguieron deudas por importe de 4.428.600 euros.

Bajo estas condiciones, es difícil apreciar la concurrencia del sacrificio patrimonial injustificado, que como ya apuntábamos no puede quedar reducido a que unos créditos hubieran sido pagados en detrimento de aquellos otros que no se beneficiaron de la cesión de pagos.

8.- Si bien la concurrencia del perjuicio debe juzgarse de acuerdo con las circunstancias concurrentes al tiempo de ser realizados los actos de disposición objeto de rescisión (las daciones de pago), en este caso en que el perjuicio se funda en la alteración de la par condicio creditorum, es muy ilustrativo advertir que los créditos sujetos al concurso sufrieron una quita del 50%, cuyo pago se fraccionó y demoró entre uno y cinco años. De tal forma que los acreedores que percibieron las cesiones recibieron en pago unos derechos de difícil comercialización cuyo valor era inferior a la mitad de sus créditos y los acreedores que se sometieron al concurso vieron reducidos sus créditos a un 50%, aunque fuera demorado su cobro cinco años.

Estas circunstancias ponen en evidencia que cuando se realizaron las daciones en pago, pese a la proximidad de la declaración de concurso, por las condiciones en que se

hicieron no conllevar un perjuicio en cuanto que el sacrificio patrimonial que suponían no era injustificado. Fundamentalmente porque se extinguieron pasivos por el doble del valor de los derechos cedidos, con lo cual no existió un detrimento de la masa activa, y porque la novación sufrida por los créditos concursales afectados por el concurso les permitió cobrar sus créditos, más tarde, pero en similar proporción y en dinero. Todo ello sin que se aprecien circunstancias excepcionales en la naturaleza de los créditos o la condición del acreedor que permitan afirmar el carácter injustificado de la diferencia de trato entre los acreedores que vieron satisfecho parcialmente su crédito. Además, la cesión de unos derechos de difícil explotación en esos momentos ahorró a la concursada los gastos de mantenimiento.

9.- Estimado el motivo primero resulta innecesario entrar a analizar los otros dos restantes. La estimación del recurso supone dejar sin efecto la sentencia de apelación y en su lugar dictar otra por la que se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia de primera instancia».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2647/2015] DE 11 DE ABRIL DE 2018 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Sociedad de responsabilidad limitada: alcance de la excepción de actuación contraria a la buena fe frente a la responsabilidad solidaria de los administradores, respecto de las deudas sociales surgidas con posterioridad a la aparición de la causa de disolución, en caso de incumplimiento del deber legal de promover la disolución de la sociedad. El mero conocimiento de la situación de insolvencia no implica mala fe que imposibilite el ejercicio de la acción de responsabilidad.

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

Metálicas La Muela, S.L. es una sociedad que comenzó su actividad empresarial el año 2001 y cesó a finales de 2011. Durante esos años sus administradores eran Dimas y Ángel.

Metálicas La Muela, S.L. no presentaba cuentas anuales desde el año 2003. En los ejercicios 2004 y 2005 esta sociedad tenía fondos propios negativos.

La sociedad Insyme, S.A., administrada por Victorino, primo segundo de Dimas, conociendo la situación de insolvencia de Metálicas La Muela, S.L. y que necesitaba suministro de hierro para atender a los pedidos de clientes que tenía pendientes en varias obras a las que proveía ferralla, le suministró hierro corrugado entre septiembre de 2008 y enero de 2009, por un precio total de 131.476,53 euros. A cuenta de esta deuda, Metálicas La Muela, S.L. realizó dos pagos, el 18 de noviembre de 2008 y el 26 de enero de 2009,

por un total de 21.000 euros, lo que redujo la deuda a 110.476,53 euros.

El 31 de agosto de 2009, a instancia de Insyme, S.A., Metálicas La Muela, S.L. emitió cuatro pagarés, que vencían los días 30 de diciembre de 2009, 28 de febrero de 2010, 30 de marzo de 2010 y 30 de abril de 2010. Estos pagarés ni fueron pagados por Metálicas La Muela, S.L., ni se instó su ejecución.

El 30 de septiembre de 2009, Metálicas La Muela, S.L. comunicó a Insyme, S.A. que iba a presentar una propuesta anticipada de convenio, con una quita del 50% y una espera de 5 años. Esta propuesta no fue aceptada por Insyme, S.A.

En el año 2008, Metálicas La Muela, S.L. realizó suministros de material a Insyme, S.A. por un precio de 11.906,67 euros, que fue pagado por Insyme, S.A. También en el año 2009, Metálicas La Muela, S.L. realizó suministros de material a Insyme, S.A., en este caso por un precio de 32.831,96 euros, que también fue pagado al vencimiento de los pagarés emitidos para ello. Y en el año 2010, Metálicas La Muela, S.L. realizó suministros de material a Insyme, S.A. por un importe de 643,06 euros, y en el año 2011 por un importe de 1.529,14 euros, que también fueron pagados.

Insyme, S.A. interpuso la demanda que dio inicio al presente procedimiento en el que reclamaba de Metálicas La Muela, S.L. el pago del crédito pendiente que cifraba en 110.476'53 euros; y al mismo tiempo ejercitaba la acción de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad deudora (Dimas y Ángel), porque el crédito había nacido después de que Metálicas La Muela, S.L. hubiere incurrido en causa de disolución, sin que esta hubiera sido promovida por sus administradores.

La sentencia dictada en primera instancia reconoció la existencia de un crédito pendiente a favor de Insyme, S.A. de 80.238,26 euros y condenó a Metálicas La Muela, S.L. a su pago. También apreció que los administradores de Metálicas La Muela, S.L., Dimas y Ángel, habían incumplido el deber de promover su disolución y que la deuda social era posterior a la aparición de la causa de disolución. En consecuencia condenó solidariamente a estos dos administradores al pago de la reseñada deuda social.

La sentencia dictada en primera instancia se hizo eco de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo 733/2013, de 4 de diciembre, según la cual el mero conocimiento por parte del acreedor, al tiempo de contratar, de la situación de insolvencia del deudor no constituye ausencia de buena fe que justifique la inoponibilidad de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 367 LSC (antiguo art. 105.5 LSRL).

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Ángel. Recurso que fue estimado por la Audiencia, de forma que la sentencia de apelación absuelve al demandado

apelante de las pretensiones ejercitadas contra él en la demanda.

Para llegar a esta conclusión, la Audiencia no deja de reconocer la existencia de la deuda; que esta es posterior a la aparición de la causa de disolución de la sociedad deudora, que desde el año 2004 tenía fondos propios negativos; y que los administradores no promovieron la disolución de la sociedad. Por lo que, en principio, se cumplían todos los requisitos legales para condenar a dichos administradores a pagar solidariamente con la sociedad la deuda social. Pero entiende que el conocimiento que tenía la sociedad acreedora de la situación económica de la sociedad deudora, pone de relieve en este caso que contrató asumiendo el riesgo de impago y «no a expensas de una cobertura subsidiaria de los administradores».

En atención a lo que constituye el único motivo de casación, resulta conveniente transcribir esta parte de la argumentación de la Audiencia:

«esta Sala considera que la parte actora conocía perfectamente la situación de grave dificultad económica de la sociedad administrada por los demandados. El relato fáctico que precede esta consideración es buena prueba de ello. Fondos propios negativos, dificultades notorias de cumplimiento de sus obligaciones (2003, 2004 y 2005). Las deudas se contrajeron entre septiembre 2008 y enero de 2009. El administrador de la demandante (acreedora) y uno de los administradores sociales de la demandada son primos y amigos.

»Subyace o puede entenderse que el suministro cuyo impago nos ocupa tuviera una finalidad de inyección de movimiento económico a una empresa con dificultades. Tal comportamiento puede ser aceptable desde el punto de vista de la dinámica económica, siempre fluida y susceptible de revertirse.

»Mas esto pertenece a motivaciones subjetivas, lícitas. Pero que, en absoluto demeritan el hecho de que quien contrató con conocimiento claro de un evidente riesgo, por la situación de la otra sociedad contratante, asume esa realidad. Pues contrata en base a ésta. No a expensas de una cobertura subsidiaria de los administradores sociales.

»Así lo ha entendido tradicionalmente al Alto Tribunal (SS.T.S. 23-11-2011 y 13-4-2012).

»El concepto de mala fe civil no exige un dolo directo. Las SS.T.S. 173/11, de 17-3 y 557/10, de 27-9 interpretan el art. 7 C.C. más bien en el sentido de asunción de un riesgo claro, perfectamente previsible y previsto. Es decir, cuando las circunstancias concurrentes permitan concluir que el acreedor asume libre y voluntariamente el riesgo de conceder crédito a la sociedad cuando conoció o pudo conocer la precariedad de ésta.

»En el fondo, la tesis que sustenta la S.T.S. 4-12-2013 no discrepa de la precedente doctrina (recogida en el voto particular), pues al final de su fundamentación recoge un argumento más bien fáctico: "En nuestro caso, estamos muy condicionados por los hechos acreditados en la instancia... Los acreedores demandantes no estaban, al prestar sus créditos a la sociedad, en unas condiciones de conocimiento y control de dicha entidad que pusiera en evidencia que asumían el riesgo de insolvencia de la sociedad actora..."

»Apreciación del factum del que discrepa el voto particular».

La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la demandante, sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación

Formulación del motivo . El motivo denuncia la infracción de los arts. 105.5 LSRL y 262.5 LSA vigentes en el momento en que se produjeron los hechos de los que nace la responsabilidad exigida en la demanda, tal y como son interpretados por la jurisprudencia contenida en la sentencia 733/2013, de 4 de diciembre. En concreto, denuncia la vulneración de esta jurisprudencia según la cual el mero conocimiento de la situación de insolvencia no implica mala fe, que imposibilite el ejercicio de la acción de responsabilidad del art. 105.5 LSRL .

En el desarrollo del motivo se razona que «la sentencia recurrida únicamente se basa en que hay mala fe puesto que había conocimiento de la insolvencia», cuando según la reseñada jurisprudencia es necesario además que se den ciertas circunstancias de las que se infiera que la parte actora había actuado en contra del principio de la buena fe, lo que no consta en este caso.

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

Estimación del motivo. Hemos de partir de la citada sentencia 733/2013, de 4 de diciembre, que se dictó para clarificar el alcance de la excepción de actuación contraria a la buena fe frente a la responsabilidad solidaria de los administradores, respecto de las deudas sociales surgidas con posterioridad a la aparición de la causa de disolución, en caso de incumplimiento del deber legal de promover la disolución de la sociedad. Esta responsabilidad se regulaba en el caso de las sociedades anónimas en el art. 262.5 LSA y en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada en el art. 105.5 LSRL , y tras la promulgación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se encuentra regulada para ambos tipos de sociedades en el art. 367 LSC.

En esa sentencia 733/2013, de 4 de diciembre, matizamos el ámbito de aplicación de la excepción de actuación contraria a la buena fe por parte del acreedor, basada en el conocimiento de la situación de insolvencia del deudor al tiempo de contratar y de surgir el crédito, que había sido apreciada en alguna ocasión por esta sala. Esta matización

resultaba conveniente a la vista de la reforma operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, que redujo la responsabilidad a las deudas sociales posteriores a la aparición de la causa de disolución.

En la sentencia 733/2013, de 4 de diciembre, si bien admitimos que pudieran existir casos en que la reclamación de esta responsabilidad, en atención a las circunstancias concurrentes, fuera contraria a las exigencias de la buena fe, dejamos muy claro que «el mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse su crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el art. 262.5 TRLSA»:

«Sin perjuicio de que en algún caso, y por la concurrencia de otras circunstancias, (como las descritas en la Sentencia de 1 de marzo de 2001, en que el acreedor que ejercitaba la acción era socio y había sido administrador de la sociedad en el momento en que se generó el crédito reclamado, o en la sentencia 395/2012, de 18 de junio, en que quien ejercita la acción es un coadministrador que además tenía el 40% del capital social), pueda llegar a entenderse que el ejercicio de la acción por parte de un acreedor constituye un acto contrario a las exigencias de la buena fe, debemos recordar que el mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse su crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el art. 262.5 TRLSA. Por el contrario, al contratar en esas circunstancias conoce la garantía legal que supone respecto del cobro de su crédito que el reseñado precepto haga al administrador responsable solidario de su pago por no haber promovido la disolución, si es que concurría causa legal para ello».

La Audiencia, en el contexto de esta jurisprudencia, entiende que la sociedad demandante contrató con conocimiento claro de un evidente riesgo de impago derivado de la situación de insolvencia del deudor, y lo asumió. Y añade que no contrató «a expensas de una cobertura subsidiaria de los administradores sociales».

El punto de diferencia de esta interpretación de la Audiencia con la jurisprudencia de la sala es que esta conclusión se extrae exclusivamente de haber contratado con pleno conocimiento de la situación de insolvencia del deudor, y por lo tanto asumiendo el consiguiente riesgo.

Y la jurisprudencia al respecto no es esta. La sala, en esa sentencia 733/2013, de 4 de diciembre, dejó abierta la posibilidad de que el acreedor que ejercita la acción lo hiciera contraviniendo las exigencias de la buena fe cuando, además del conocimiento de la mala situación económica o insolvencia del deudor, concurrieran otro tipo de circunstancias adicionales, como las que se reseñan que no concurrían en aquel caso (inciso final del fundamento jurídico 8):

«Los acreedores demandantes no estaban, al prestar sus créditos a la sociedad, en unas condiciones de conocimiento y control de dicha entidad que pusieran en evidencia que asumían el riesgo de insolvencia de la sociedad deudora, de tal forma que ejercitar después la acción de responsabilidad contra los administradores ex art. 262.5 TRLSA vulneraría las exigencias de la buena fe».

Esas circunstancias van ligadas a que el acreedor demandante al conceder crédito a la sociedad gozaba no sólo de una situación de conocimiento, sino sobre todo, de control de la sociedad deudora que ponía en evidencia el riesgo que asumía de la insolvencia de esta. Lo que concurre, por ejemplo, cuando el acreedor es un socio dominante o relevante de la sociedad deudora. El mero conocimiento de la insolvencia del deudor, que es lo que ocurre en este caso, a tenor de los hechos acreditados en la instancia, no es suficiente.

Por ello, procede estimar el recurso de casación, dejar sin efecto la sentencia de apelación y, en su lugar, por las mismas razones que han servido para estimar la casación, acordar la desestimación del recurso de apelación, con lo que se confirma la sentencia de primera instancia».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 751/2017] DE 11 DE ABRIL DE 2018 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Contratación con consumidores: cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Admisibilidad de la transacción entre las partes dirigida a acabar con la incertidumbre de si la cláusula suelo introducida en el contrato era nula por no pasar el control de transparencia, mediante la fijación de un suelo más bajo. Las partes quedan vinculadas en los términos transigidos y, por tanto, con renuncia al ejercicio de acciones a cambio de una rebaja en el suelo, lo que impide en un principio enjuiciar la situación previa a la transacción precisamente porque las partes quedan vinculadas por lo transigido. Ahora bien, no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la validez del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos. VOTO PARTICULAR: los documentos predisuestos por la entidad bancaria deben contener un «plus» de información, principal y comprensible, acerca de la trascendencia y de la carga jurídica y económica que para los consumidores reporta la cláusula de renuncia de acciones y conformidad con las liquidaciones y pagos realizados. Y no lo contienen cuando, de un modo deliberado, los documentos predisuestos parten de la «validez y vigor de los préstamos suscritos», «de su formulación y clausulado», justificando la modificación operada, al margen de cualquier acuerdo transaccional, en el «cambio de la coyuntura económica financiera»; por lo que la cláusula de renuncia de acciones se le presenta al consumidor de un «modo inocuo», sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte, ni de

carga jurídica en detrimento de los derechos inherentes a su condición de consumidor. De forma que se le «oculta» la verdadera razón de su predisposición, es decir, la cobertura o blindaje para el predisponente de las previsibles consecuencias o efectos que se deriven de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo incluidas en los iniciales contratos de préstamo hipotecario. Para la extensión de los efectos de la declaración de abusividad a la modificación operada en los documentos predisuestos resulta indiferente la naturaleza novatoria o transaccional de esos documentos. El régimen de ineficacia absoluta de la cláusula suelo declarada abusiva se «extiende» también a aquellos actos o negocios que traigan causa directa de las cláusulas declaradas abusivas y, por ende, traten de «moderar», «integrar» o «convalidar» la ineficacia resultante, bien rebajando el interés mínimo de la cláusula suelo, o bien, y de forma más relevante, disponiendo una renuncia de los derechos básicos de los consumidores contraria, además, a la tutela judicial efectiva de los consumidores, esto es, al control judicial de oficio de las cláusulas suelo y de las posteriores renunciaciones predisuestas por el profesional.

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

El 11 de septiembre de 2007, Carolina y Marcial compraron a la promotora Promociones Aragonesas Constructivas, S.L. una vivienda sita en Alagón, en la CALLE000 NUM000 - NUM001, NUM002 NUM003 y se subrogaron en el préstamo hipotecario que había sido concedido por Ibercaja el 4 de abril de 2006 (escritura núm. 3.786).

Ese mismo día 11 de septiembre de 2007 Carolina y Marcial, por una parte, y Caja de Ahorros de la Inmaculada (CAI) que en la actualidad es Ibercaja Banco, S.A., por otro, otorgaron otras dos escrituras públicas, la núm. 3.787 y la núm. 3.788.

En la primera (núm. 3.787) se novaba y ampliaba el préstamo hipotecario. Se pactaba un tipo de interés del 5,20% para el primer año, y posteriormente un tipo variable, referido al Euribor más un diferencial del 0,50%. En la página 19 de la escritura, bajo la rúbrica "instrumento de cobertura de tipos de interés", se establecía un límite inferior a la variabilidad del interés de 4,25% y un límite superior de 9,50%.

En la segunda (núm. 3.788) se otorgaba otro préstamo para financiar la vivienda de 40.584 euros. Se pactaba un tipo de interés del 5,50% para el primer año, y posteriormente un tipo variable, referido al Euribor más un diferencial del 0,70%. En la página 15 de la escritura, bajo la rúbrica "instrumento de cobertura de tipos de interés", se establecían un límite inferior a la variabilidad del interés de 4,50% y un límite superior de 9,75%.

El 28 de enero de 2014, después de que esta Sala Primera hubiera dictado su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, Caja 3 (sucesora de CAI) concertó con Carolina y Marcial sendos

contratos privados que modificaban los contratos documentados en las escrituras núms. 3.787 y 3.788.

En ambos casos en la primera estipulación se incluyó la siguiente cláusula:

«PRIMERO.- Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,25%, en sustitución del convenido inicialmente.

»En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,25%, ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último».

Y la estipulación tercera es del siguiente tenor:

«Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen».

En ambos documentos, que tienen dos hojas escritas en el anverso, se contiene la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con su firma, del siguiente texto:

«Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

Carolina y Marcial presentaron una demanda en la que pidieron la nulidad de los reseñados instrumentos de cobertura de tipos de interés (cláusulas suelo-techo) incorporadas en las escrituras públicas núms. 3.787 y 3.788, autorizadas por los demandantes y la entidad financiera demandada (Caja 3, que sucedió a CAI) el 11 de septiembre de 2007, así como su posterior rebaja al 2,25% mediante documento privado. La nulidad se fundaba en la falta de transparencia de ambas cláusulas. Además se pidió la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula desde el 9 de mayo de 2013.

El juzgado de primera instancia estimó la demanda, al apreciar la falta de transparencia. Reseñó la doctrina establecida por esta Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y razonó lo siguiente:

«Aplicando la doctrina del Tribunal Supremo al caso que nos ocupa debemos comenzar señalando que la cláusula suelo no supera el standard de claridad exigido ya que falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Por otro lado, no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar ni consta información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la

propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. Procede, en consecuencia, declarar la nulidad de la cláusula».

El juzgado declaró la nulidad de la cláusula y conforme a lo solicitado condenó a la entidad bancaria a devolver lo que hubiera cobrado de más en aplicación de la cláusula declarada nula, a partir del 9 de mayo de 2013.

Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación, la Audiencia desestima el recurso. Confirma la nulidad de las dos cláusulas suelo iniciales, las de los contratos de 11 de septiembre de 2007, y argumenta con mayor detenimiento por qué también son ineficaces la reducción de las cláusulas suelo al 2,25% y la renuncia al ejercicio de las eventuales acciones de nulidad. Al respecto la sentencia de apelación concluye: «la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga una renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle».

Frente a la sentencia de apelación, Ibercaja interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un único motivo, y recurso de casación, que se articula en cinco motivos.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal

Formulación del motivo . El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, con el siguiente tenor literal:

«Infracción de los artículos 216 y 218 de la LECiv que regulan el principio de justicia rogada y la motivación, exhaustividad y congruencia de las sentencias. Alegamos la infracción de los citados artículos con base a la concurrencia de las resoluciones de error en la valoración de la prueba, al amparo del art. 469.1.4º».

A continuación se transcribe una parte del auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2015, para añadir lo siguiente:

«Y, como señala el propio TS, la valoración probatoria puede tener acceso a la casación con carácter excepcional, si se ha producido un error patente o arbitrariedad, que debemos entender comprende la omisión de la valoración de una prueba fundamental, como es la declaración de los actores reconociendo en el documento de enero de 2014, de forma clara y expresa, que conocieron no sólo en 2014, sino ya al inicio cuando se subrogaron en un préstamo y contrataron el otro, la existencia de la cláusula limitativa a la variabilidad de los tipos de interés y comprendieron su alcance económico».

Después, el recurso se limita a transcribir una sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, para justificar que se puede probar que el consumidor fue informado por cualquier medio de prueba.

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

Desestimación del motivo. El motivo debe desestimarse porque está mal formulado. Denuncia la infracción de los artículos 216 y 218 LEC y expresamente menciona «el principio de justicia rogada y la motivación, exhaustividad y congruencia de las sentencias». Se trata de cuatro cuestiones heterogéneas, como si se hubieran infringido las cuatro, sin que, por otra parte, se explique nada acerca de cómo se habría realizado en cada caso la infracción. Esta confusión se agranda cuando se mezcla esta infracción con un supuesto error en la valoración de la prueba, que nada tiene que ver con lo anterior, sino que responde a un motivo propio y distinto, que además de tener que ir referido a la acreditación de un hecho y no a una conclusión jurídica, tendría que haberse explicado con un mínimo de detalle, y no se ha hecho.

TERCERO. Recurso de casación

Formulación del motivo primero. El motivo denuncia «la infracción de los artículos 326 LEC (en relación con los arts. 1225 y 1227 a 1230 del Código Civil) que recoge el valor probatorio de los documentos privados».

En el desarrollo del motivo denuncia que al contestar a la demanda aportó los dos documentos privados, fechados el día 28 de enero de 2014, en los que se instrumentó la novación de las escrituras públicas, en lo que respecta a las cláusulas suelo, y su autenticidad no fue negada. Según el recurrente estos documentos tienen gran relevancia porque suponen el reconocimiento de los actores de que en su día conocieron la limitación de variabilidad del interés, comprendiendo además sus consecuencias económicas. Esto es, a juicio del recurrente, dichos documentos acreditan que se cumplió con el requisito de transparencia. Sin embargo, esta prueba documental no fue valorada por los tribunales de instancia.

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

Desestimación del motivo primero. Procede desestimar el motivo porque en su formulación se denuncia la infracción de un precepto procesal, el art. 326 LEC, que se refiere a que los documentos privados harán prueba plena en el proceso, y este tipo de infracciones procesales no tienen cabida en casación.

Además, lo que se denuncia en el desarrollo del motivo es que a estos documentos privados no se haya dado la valoración jurídica que el recurrente pretendía, lo que no guarda relación con la denunciada infracción del art. 326 LEC, y sí con lo que es objeto de los siguientes motivos de casación.

Formulación del motivo segundo. El motivo denuncia la «infracción del principio de libertad contractual y la

regulación de la transacción prevista en los arts. 1809 y 1819 del mismo Código Civil que otorga para las partes a lo transigido la autoridad de cosa juzgada (art. 1816 CC)».

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia recurrida incurre en esta infracción, al pasar por alto los efectos de la transacción y la renuncia de acciones que contiene sin hacer mención alguna a la misma.

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

Estimación del motivo segundo. Los dos contratos privados de 28 de enero de 2014, al margen de su denominación (contrato de novación modificativa del préstamo...), en lo que ahora interesa contienen dos estipulaciones relevantes: se pacta que a partir de entonces y para el resto del contrato el tipo de interés mínimo aplicable será el 2,25%; las partes declaran que ratifican la validez de los dos préstamos originarios y los prestatarios renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, «así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha».

Propiamente, ambos contratos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubieran dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y los posteriores autos aclaratorio y denegatorio de nulidad de actuaciones, y en ellos se advierte la causa propia de la transacción, evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos. Conviene no perder de vista que la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, expresamente refiere que la cláusula suelo en sí misma no es nula por abusiva, sino tan sólo en la medida en que no se cumplan las exigencias de transparencia. El efecto mediático de aquella sentencia y sus consecuencias en la litigiosidad posterior explica la reseñada situación de incertidumbre y el animus de evitar el pleito, circunstancias que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación.

De tal forma que, por lo expuesto, ambos contratos autodenominados «novación modificativa», en atención a su contenido y la causa que subyace a los mismos, merecen la consideración de transacciones y no de meras novaciones obligacionales, sin perjuicio de que, como parte de las concesiones recíprocas de las partes al transigir, se modifique el límite a la variabilidad del interés convenido (cláusula suelo). Esta distinción tiene gran relevancia en relación con el juicio sobre su validez.

Es cierto que en la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, entendimos que el art. 1208 CC «determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». Pero además de que esta no fue la razón principal de la decisión,

tal afirmación requiere alguna matización, sobre todo cuando la novación forma parte de la transacción.

La sentencia 558/2017, de 16 de octubre, trataba de un caso en que con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda dentro de una promoción inmobiliaria, a instancia del prestatario adquirente de la vivienda, el banco había accedido a rebajar el límite inferior a la variabilidad del interés, para adecuarlo al de otros prestatarios adquirentes de viviendas de esa misma promoción.

En ese caso entendimos que la nulidad de la cláusula suelo, consecuencia de no cumplir las exigencias de transparencia, no quedaba convalidada por la posterior petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían otros compradores de la misma promoción, «pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria». Y como razón adicional, añadimos que al tratarse de una nulidad absoluta, operaría la previsión del art. 1208 CC, que vedaría la novación modificativa de la cláusula.

Lo que distingue la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, del presente caso es que en el caso objeto de aquella sentencia no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción. De tal forma que lo expuesto en aquella sentencia no impide que pueda admitirse una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, circunstancia que sólo podría determinarse si se declarase judicialmente la falta de transparencia. Eso sí, siempre y cuando la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley.

En el presente caso, la transacción, en principio, no contraviene la ley, pues nos encontramos ante una materia disponible. No deberíamos negar la posibilidad de que pudiera transigirse en los contratos con consumidores, máxime cuando existe una clara voluntad de favorecer la solución extrajudicial de conflictos también en este ámbito. La imperatividad de las normas no impide la posibilidad de transigir, siempre que el resultado del acuerdo sea conforme al ordenamiento jurídico.

Al respecto, resultan muy ilustrativas las reflexiones contenidas en las conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl de 14 de septiembre de 2017, en el asunto Gavrilescu (C- 627/15). El Tribunal de Justicia no llegó a pronunciarse porque la cuestión prejudicial fue retirada por el juez que la había formulado.

En estas conclusiones, aunque se refieren a un supuesto en que se produjo el allanamiento mientras estaba pendiente la resolución de la cuestión prejudicial, el Abogado General

hace unas consideraciones sobre la disponibilidad y la autonomía de la voluntad, que podrían resultar de aplicación al presente caso:

«[...] a) Principios de autonomía privada y de buena administración de la justicia

»32. Para empezar, debe recordarse que las normas que permiten a los demandantes desistir o renunciar a todo o a parte del recurso en particular, en materia civil y mercantil son absolutamente cruciales para una buena administración de justicia. Estas normas son la expresión del principio de autonomía privada (también denominado en algunos ordenamientos jurídicos principio dispositivo): si un sujeto decide reivindicar sus derechos ante un juez, y en qué medida lo hace, depende, en última instancia, de su propia voluntad. (9)

»33. En efecto, en muchas jurisdicciones incluso en procedimientos ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea (10) la facultad de desistir puede ejercerla unilateralmente el demandante, no pudiendo el demandado oponerse a ello. La obligación (o incluso la mera posibilidad) que incumbe a un órgano jurisdiccional de continuar el procedimiento cuando ya no está pendiente litigio alguno ante él quedaría privada de utilidad: no hay ninguna pretensión sobre la que deban pronunciarse los jueces. De hecho, sólo incrementaría el atraso judicial (un problema que comparten muchas instancias jurisdiccionales) y aumentaría el gasto público.

»34. Es más, una continuación «forzada» del procedimiento podría disuadir a las partes de llegar a acuerdos amistosos, ya sea judicial o extrajudicialmente, un objetivo que persiguen muchos ordenamientos jurídicos.

(11) En este sentido, procede señalar que, con arreglo al artículo 147, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, a menos que se indique lo contrario, «si, antes de que el Tribunal resuelva, las partes llegaran a un acuerdo sobre la solución que debe darse al litigio e informaran al Tribunal de que renuncian a toda pretensión, el Presidente ordenará el archivo del asunto haciéndolo constar en el Registro y decidirá sobre las costas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141, atendiendo, en su caso, a las propuestas formuladas al efecto por las partes».

»35. La interpretación del artículo 267 TFUE propuesta por el órgano jurisdiccional remitente no se compadece con los principios antes citados. [...]»

En este sentido, cabe advertir un claro impulso en el Derecho de la Unión Europea a la solución extrajudicial de estos conflictos, concretado a través de la reciente Directiva 2013/11/CEE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/2017. El art. 2.1 de la Directiva 2013/11/CEE, se refiere a los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios mediante la

intervención de una entidad de resolución alternativa «que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa», expresión que alude tanto al arbitraje como a la mediación. En cualquier caso, la directiva admite además que en los Estados miembros se articulen otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en relación con los consumidores, siempre que se ofrezcan garantías suficientes para la protección y el adecuado respeto de sus derechos.

Es cierto que en la mediación las partes en conflicto llegan a un acuerdo haciendo concesiones recíprocas, con la diferencia respecto de la transacción de que interviene un tercero, el mediador, cuya función es restablecer la comunicación entre las partes y preservar el respeto a los principios que presiden la mediación, entre ellos la igualdad de partes, elemento que de manera natural nunca existe en una relación de consumo.

Pero el hecho de que en la mediación existan unas garantías que no se dan en la transacción, no determina que necesariamente la transacción esté vedada en el ámbito de consumo, al no existir norma que lo prohíba. Sin perjuicio de que la ausencia de estas garantías en la transacción derive en una revisión de la validez del acuerdo a la luz de las normas que regulan los contratos celebrados con consumidores para preservar así el debido respeto a sus derechos establecido en normas imperativas.

Esta interpretación se adecua al criterio seguido por esta sala en resoluciones anteriores que se refieren a la validez y eficacia de los acuerdos transaccionales alcanzados entre un empresario y un particular. Así por ejemplo, esta sala, estando pendiente la resolución de los recursos de casación en casos similares al presente en que estaba en cuestión una cláusula suelo, ha homologado las transacciones alcanzadas por las partes [autos de 8 de junio de 2016 (recurso núm. 826/2015) y 6 de julio de 2016 (recurso núm. 801/2015)].

Por su parte, en el ámbito del contrato de seguro, hemos venido admitiendo la validez del acuerdo extrajudicial por el que la aseguradora y el perjudicado convienen una determinada indemnización (sentencia 87/2015, de 4 de marzo):

«[...] En el caso enjuiciado, el documento suscrito entre el tercero-perjudicado y el asegurado-causante del daño de 8 de noviembre de 2006, no ofrece la menor duda de su carácter satisfactivo de todos los daños y perjuicios que le ocasionó el siniestro acaecido el 18 de agosto de 2006, habiendo otorgado el actor a favor del asegurado, saldo y finiquito de toda posible indemnización que pudiera resultar del siniestro, como de forma clara y terminante resulta del exponiendo II del documento, y de la estipulación cuarta del mismo, según se ha dejado reproducido en el Fundamento de Derecho primero 1 anterior. [...]»

También en el ámbito de la Ley 57/1968 se ha considerado que el acuerdo entre los compradores y el promotor por el

que se conviene la devolución de una parte del precio recibido a cuenta es una transacción válida, alcanzando incluso la rebaja en la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente incluso al aval o seguro (sentencia de pleno 459/2017, de 18 de julio).

Por otra parte, el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados de 31 de enero de 2017), admite la posibilidad de que la entidad de crédito y el consumidor alcancen un acuerdo sobre la cantidad que deba ser restituida por haberse aplicado indebidamente una cláusula suelo, lo que particularmente se refleja en el art. 3.3. Tal previsión es reflejo también de la validez de posibles acuerdos en este ámbito sin tener que abocar necesariamente en la judicialización de la controversia.

Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo: «incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento».

Además, la formación y prestación del consentimiento en la transacción no se produce como en cualquier otro contrato, pese a la remisión expresa del artículo 1817 al 1265, ambos del Código Civil, puesto que resulta patente la concurrencia de elementos singulares que las partes tienen en cuenta, como los costes del litigio, la incertidumbre del resultado de los medios de prueba o la incomodidad que produce cualquier litigio con independencia de su resultado.

Estas mismas consideraciones resultan de aplicación respecto de la transacción, cuando su objeto está predispuesto por el banco: acabar con la incertidumbre de si las cláusulas suelo introducidas en los dos contratos anteriores eran nulas por no pasar el control de transparencia, mediante la fijación de un suelo más bajo.

Partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida, y para evitar un litigio, las partes convienen realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta la incertidumbre en seguridad. Como recuerda la sentencia 751/2009, de 30 de noviembre, el acuerdo para eliminar la controversia y la reciprocidad de concesiones son los

elementos fundamentales de la transacción, conforme al art. 1809 CC. En este caso, existía una cláusula suelo del 4,5% cuya validez podía ser cuestionada en vía judicial, de modo que si se constataba la falta de transparencia, sería declarada abusiva y, consecuentemente, nula, mientras que si se apreciaba la transparencia de la cláusula, esta sería considerada válida. Ante esta incertidumbre, las partes convienen recíprocas concesiones: el banco, que en principio tenía una cláusula suelo del 4,5 %, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,25%, y los consumidores, aunque no querrían tener cláusula suelo, acceden a soportar un suelo más bajo que el inicialmente fijado a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la declaración de abusividad. Ambas partes transigen, realizan concesiones recíprocas, y evitan el pleito, convirtiendo la incertidumbre inicial en una situación cierta.

Ahora bien, por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario.

El cumplimiento de estos deberes de transparencia en este caso viene acreditado porque, en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013, era notoriamente conocido no sólo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia, los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%, y para acreditarlo transcriben de puño y letra el texto en el que se afirma lo siguiente:

“Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual”.

Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido. De hecho, ha sido la forma usual empleada después de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para dejar constancia del cumplimiento de los deberes de transparencia, y de ella se hace eco el art. 13.2.d) del proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuando, bajo la rúbrica «Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material», establece entre los extremos que permitirían la comprobación de este principio:

«La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación

mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea advierte que el juicio de transparencia en cada caso ha de realizarse atendiendo a las circunstancias concurrentes. Las circunstancias temporales y el modo en que los consumidores manifestaron de forma manuscrita su conformidad con un suelo del 2,25% ponen en evidencia que el banco, previamente a la firma de la transacción, cumplió con las exigencias de transparencia y que sus clientes consumidores conocían los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que conllevaban. Razón por la cual la valoración jurídica que al respecto lleva a cabo la Audiencia en la sentencia recurrida no es correcta e infringe las normas relativas a la eficacia de la transacción.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene hacer una precisión. La referencia contenida en el art. 1816 CC al efecto de cosa juzgada de la transacción no es del todo exacta. Como cualquier otro negocio jurídico, lo convenido por las partes tiene eficacia vinculante entre ellas en tanto no se justifique su nulidad. Como en el caso resuelto en la sentencia 344/2017, de 1 de junio, en que no se apreció la nulidad de la transacción por error vicio en el consentimiento.

En consecuencia, en tanto no se acredite alguna causa de nulidad del acuerdo, las partes quedan vinculadas en los términos transigidos y, por tanto, con renuncia al ejercicio de acciones a cambio de una rebaja en el suelo, lo que impide en un principio enjuiciar la situación previa a la transacción precisamente porque las partes quedan vinculadas por lo transigido. Como afirma la sentencia 751/2009, de 30 de noviembre, «la transacción extrajudicial es un contrato (art. 1809 del Código Civil; sentencias, entre otras, de 30 de octubre de 1989, 6 de noviembre de 1993 y 30 de julio de 1996), por lo que genera un vínculo obligacional cuyo cumplimiento está sujeto a las reglas generales de los contratos».

En este sentido es como la jurisprudencia de esta sala ha interpretado el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 1816 CC. Jurisprudencia que se contiene, entre otras, en la sentencia 41/1999, de 30 de enero:

«En relación con la eficacia de cosa juzgada que el artículo 1816 del Código Civil atribuye a la transacción entre las partes, declaró la sentencia de 26 de abril de 1963 que "ha de entenderse e interpretarse en el sentido de que una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, sino que será éste, y solo él, quien regule las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren ésta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la

nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general, ya que eso requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece, ni se deduce de sus preceptos", doctrina reiterada en sentencias de 20 de abril de 1989, 4 de abril y 29 de noviembre de 1991 y 6 de noviembre de 1993».

Pero la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 222 LEC, y no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la validez del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, sin que sea necesario el análisis de los restantes motivos, y dejar sin efecto la sentencia de apelación recurrida. En su lugar, sobre la base de la justificación empleada para la estimación del recurso de casación, acordamos estimar el recurso de apelación interpuesto por Ibercaja (entidad que sucedió a Caja 3, que a su vez había sucedido a CAI), revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la entidad demandada de las pretensiones ejercitadas frente a ella.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

PRIMERO.- Introducción y preliminares: Planteamiento metodológico del voto particular: delimitación de planos de análisis.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados, y compañeros de sala, debo indicar, desde el principio, que el voto particular que formulo, aunque discrepante con dicha decisión de la mayoría de Magistrados, se realiza desde la finalidad primordial de que resulte útil y sirva para el mejor estudio y análisis del control de transparencia, de sus presupuestos y contenido de aplicación.

Desde esta finalidad primordial, el método de análisis que articula el voto particular se realiza en atención a los siguientes planos.

En primer lugar, dada la primacía del Derecho comunitario en esta materia, se analizan los aspectos de aplicación al presente caso que comporta la proyección del control de transparencia, de sus presupuestos y contenido, pues la sentencia recurrida parte del carácter abusivo, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria suscritos por los clientes, cuestión indiscutida en el presente caso, y extiende su

régimen de ineficacia (nulidad absoluta) a las posteriores novaciones modificativas llevadas a cabo. Esta conexión o relación de causalidad que claramente se observa entre los iniciales contratos de préstamo hipotecario y las posteriores novaciones modificativas de los mismos, surgida en el seno y desenvolvimiento de una relación contractual sujeta al régimen tuitivo de la contratación entre consumidores y profesionales, justifica que en primer término, conforme a los presupuestos de aplicación del control de transparencia, el análisis se dirija a determinar si los referidos documentos, deben ser calificados de condiciones generales, pues dicha calificación ya resulta determinante para valorar el nivel de exigencia de la validez de los mismos a efectos de la transparencia requerida. En segundo término, y en el plano del contenido de los efectos derivados de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo y, por tanto, de su consideración de orden público comunitario en materia de consumidores (art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, en adelante Directiva 93/13/CEE), también procede analizar su incidencia como límite de la posible eficacia de los citados documentos.

Por último, y de cara a la valoración de todas las perspectivas o planos de análisis, se debe plantear su validez en el marco de nuestro Derecho nacional.

En todo caso, hay que partir de la literalidad de ambos documentos para su posterior análisis. Por lo que teniendo en cuenta que dichos documentos contienen idéntico contenido solo se reproduce el contenido de la novación modificativa relativa al préstamo núm. NUM004, que contempla en siguiente tenor:

«CONTRATO DE NOVACIÓN MODIFICATIVA DEL PRÉSTAMO NÚMERO 20860747075100354503

En Alagón a 28 de enero de 2014

»De una parte

»BANCO GRUPO CAJATRES,

»De otra parte,

»D./Dña. Marcial,

»D./Dña. Carolina,

»Ambas partes se reconocen capacidad suficiente para este acto y

»EXPONEN

»I. Que LA PARTE PRESTATARIA se subrogó mediante préstamo de referencia en fecha 1/9/2007, por importe de 149.416 euros del préstamo de promotor formalizado ante el notario Badia Gascó, José María, en fecha 04/04/2006, bajo el nº 3675 de su protocolo, garantizado mediante una hipoteca constituida a favor de EL BANCO.

»Que con fecha 11/9/2007, se formalizó Escritura de Novación sobre dicha hipoteca ante el notario Badia Gascó, José María, bajo el nº 3787 de su protocolo.

»II. Que las circunstancias y condiciones financieras de la operación y en concreto su plazo forma de devolución, tipo de interés, periodicidad de la revisión del tipo de interés, índice de referencia, y tipo mínimo y máximo de interés (o instrumentos de cobertura de tipos de interés), fueron negociadas en la Oficina Alagón, y posteriormente se hicieron constar y fueron informadas a las partes por el reseñado fedatario.

»III. Que dentro de dichas condiciones financieras se convino la aplicación de un tipo de interés variable, a partir del período inicial de tipo fijo pactado, que sería el resultante de aplicar la referencia pactada Euríbor a un año, incrementado en 0,9 puntos porcentuales, y sin que en ningún caso pudiera ser el aplicado inferior al 4,25% ni superior al 9,5 %.

»IV.- Que ambas partes conocen la evolución del índice de referencia convenido en la escritura de préstamo para la determinación del tipo de interés y en concreto que actualmente, el último aplicable del índice de referencia es el 0,532% y que no se prevé su alza generalizada a corto plazo.

»V. Que ante la coyuntura económico financiera actual, totalmente diferente a las circunstancias existentes cuando fue formalizado el préstamo antes reseñado, es deseo de LA PARTE PRESTATARIA rebajar el tipo de interés mínimo pactado, y del BANCO atender dicha solicitud.

»VI. Que a los efectos de este contrato de novación modificativa, la prestataria declara y reconoce en este acto que comprende que el tipo de interés mínimo (tipo suelo) convenido en el contrato y en esta novación es un elemento esencial para determinar el tipo de interés que se viene aplicando al préstamo.

»En este sentido, la prestataria reconoce que se la ha reiterado la explicación, incluso con ejemplos, de que el tipo de interés mínimo se aplicará siempre y de forma preferente al tipo de interés variable convenido en la escritura de préstamo cuando el tipo mínimo sea superior al tipo de interés variable. También ha sido informado de la previsión de la evolución de los tipos de interés corto plazo y de que EL BANCO, en la actualidad tiene otros préstamos a tipo de interés variable o fijo con condiciones distintas a la ahora pactada.

» Que, como prueba o acreditación del conocimiento y entendimiento de lo novado en este préstamo, el prestatario de sus puño y letra realiza la manifestación que se especifica en la antefirma.

»VII. Sobre la base de los antecedentes expuestos, las partes convienen formalizar este contrato de novación modificativa, con arreglo a las siguientes

»ESTIPULACIONES

»PRIMERO.- Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,25%, en sustitución del convenio inicialmente.

»En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,25% ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último.

»SEGUNDO.- El resto de condiciones financieras, incluido el tipo máximo de interés aplicable, no sufren variación alguna y seguirán en vigor a todos los efectos.

»TERCERO.- Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen.

»CUARTO.- Igualmente las PARTES se comprometen a que las conversaciones, negociaciones y los términos de este contrato tengan carácter confidencial, asegurándose de que dicha información solo la conozcan exclusivamente, las personas que estrictamente lo necesiten por razones legales o para la ejecución del contrato. La infracción de este deber de confidencialidad podrá dar lugar a la reclamación de daños y perjuicios y a la resolución del contrato.

»QUINTO.- Las partes hacen constar que la formalización del presente documento constituye una novación sujeta a la Ley 2/1994 de 30 de marzo, al convenirse expresamente una mejora del tipo de interés.

»SEXTO.- Cualquiera de las partes intervinientes puede solicitar la elevación a público del contenido de los acuerdos expresados en el presente documento, en cuyo supuesto la parte requerida deberá comparecer en un plazo no superior a diez días ante fedatario público, siendo los gastos derivados de dicho otorgamiento (notariales, fiscales y registrales) de la exclusiva cuenta de la parte que inste a la otra la elevación a público de este contrato.

»Los otorgantes aceptan este acuerdo en todos sus términos, lo leen, encontrándolo conforme, se ratifican y firman el mismo por duplicado y a un solo efecto.»

El documento transcrito, por la parte prestataria, contiene las siguientes declaraciones manuscritas:

«Por el BANCO

»(Sello y firma)

» Por la PARTE PRESTATARIA

»"SOY CONSCIENTE Y ENTIENDO QUE EL TIPO DE INTERÉS DE MI PRÉSTAMO NUNCA BAJARÁ DEL 2,25% NOMINAL ANUAL"

»Fdo Carolina

»(Firma)

»"SOY CONSCIENTE Y ENTIENDO QUE EL TIPO DE INTERÉS DE MI PRÉSTAMO NUNCA BAJARÁ DEL 2,25% NOMINAL ANUAL"

»Fdo: Marcial

»(Firma)»

SEGUNDO.- El carácter de condiciones generales de los contratos suscritos por los clientes. La sujeción de dichos documentos al control de transparencia como presupuesto de su validez.

En mi opinión, conforme al método de análisis del control de transparencia señalado, y sin perjuicio de la valoración y argumentación de los otros planos que más adelante se exponen, la primera calificación que resulta imprescindible para la fundamentación del presente caso es determinar si los documentos suscritos por los clientes responden a la naturaleza de auténticas condiciones generales de la contratación utilizadas por el profesional, esto es, a un condicionado predispuesto e impuesto por la entidad bancaria. La razón de la relevancia de esta cuestión previa resulta tan obvia, como necesaria; pues la calificación de dichos documentos como condiciones generales constituye un presupuesto para que su posible validez quede sujeta al control de abusividad, bien por falta de contenido, o bien por falta de la transparencia debida (art. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en adelante, TRLGCU, y art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE).

No cabe duda, de acuerdo con la normativa citada, que es el profesional o empresario, en este caso la entidad bancaria, quien asume la «carga de la prueba» de que la cláusula o el condicionado en cuestión ha sido realmente negociado con los clientes o consumidores. En este sentido, entre otras, STS 649/2017, de 29 de noviembre, es doctrina reiterada de esta sala que el hecho de que una cláusula, o un condicionado, sea aceptado por el consumidor no le priva de su calificación de cláusula impuesta. Pues para que no sea considerada como tal, no basta con que el consumidor hubiera podido influir en su redacción, sino que es preciso, además, que efectivamente haya influido; extremo que debe ser probado por el profesional o el empresario. En parecidos términos, la redacción del Darft Common Frame of Reference (DCFR) respecto del papel activo que debe desempeñar el consumidor para que se considere que ha habido auténtica negociación entre las partes.

A su vez, y de un modo terminante, este papel activo que debe desempeñar el consumidor para poder considerar que la cláusula en cuestión ha sido objeto de negociación es también exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

de la Unión Europea (en adelante TJUE), casos, entre otros, de las SSTJUE de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, y de 14 de abril de 2016, CaixaBank, S.A., C-381/14, que a tales efectos expresamente declara:

«No obstante, en caso de que el juez nacional aprecie que una cláusula es abusiva, el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula.»

En este contexto, y de acuerdo con la base fáctica que ha resultado acreditada en el presente caso, hay que destacar que la entidad bancaria tanto en el escrito de contestación a la demanda, como en el recurso de apelación y en el posterior recurso extraordinario por infracción procesal, que ha resultado desestimado, no solo no prueba que los referidos documentos fueron realmente negociados, sino que tampoco cuestiona o impugna los hechos de la relación contractual que alegan los clientes; en síntesis, que dichos documentos fueron ofertados por la entidad bancaria, que fueron predispuestos e impuestos por la misma, de forma que ni tan siquiera se les entregó copia y que, en definitiva, aunque no sea necesario para su consideración de condición general, que dichos documentos constituyeron una práctica de la entidad bancaria destinada a limitar su responsabilidad patrimonial en los casos de contratación de préstamos hipotecarios con inclusión de cláusula suelo, que pudiera ser declarada abusiva.

Estos extremos vienen reconocidos por la sentencia de la Audiencia. De forma expresa con relación al carácter predispuesto de las cláusulas suelo y las posteriores novaciones modificativas (fundamentos de derecho cuarto y sexto: «menciones predispuestas» y «cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto», respectivamente). Y de forma implícita con relación a su consideración de práctica bancaria con remisión a sus anteriores resoluciones: auto de 77/16 de 18 de febrero y sentencia 156/16, de 14 de abril (fundamento de derecho sexto, principio).

En todo caso, de acuerdo con la base fáctica acreditada, el presente caso no puede ser reconducido a aquellos supuestos en donde puede haber una cierta disponibilidad de las partes, «no predispuesta», sobre el objeto del pleito, esto es, consciente el consumidor del carácter no vinculante de la cláusula suelo, o de su carácter bien por su propio concepto, caracterización o ambigüedad, deban ser objeto de una información «principal» y «comprensible» tanto en la formación de la relación contractual, como en su perfección y ejecución, si resulta necesario (entre otras, SSTs 464/2013, de 8 de septiembre y 608/2017, de 15 de noviembre).

En este sentido, el TJUE nos destaca que la apreciación del carácter abusivo debe realizarse de un «modo sistemático», esto es, teniendo en cuenta «todos los elementos» que puedan tener incidencia en el alcance del compromiso asumido por el consumidor (entre otras la ya citada sentencia de 26 de febrero de 2015 y la de 30 de abril de 2014, Kásler, C-26/13). Del mismo modo, nos resalta que la aplicación del control de transparencia no solo es cuantitativa, respecto del análisis de todos los elementos relevantes, sino también «temporal». Es decir, como señalan la SSTJUE de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb, C-92/11, la citada sentencia de 30 de abril de 2014, y la más reciente de 20 de septiembre de 2017, caso Andriuc y otros, C-186/16 , dicha extensión debe alcanzar a todas las fases de formación del contrato, con especial atención a la denominada fase precontractual; en donde la información que se le debe suministrar al consumidor revista una importancia fundamental para que este pueda valorar correctamente el alcance del compromiso que va a asumir con la celebración del contrato.

A su vez, en esta última sentencia de 20 de septiembre de 2017, en su considerando 58, nos recuerda, de acuerdo con el art. 3.1 en relación con el 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, que el control de transparencia, debe hacerse también:

«[...] en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición».

Pues bien, si atendemos a los criterios señalados y los proyectamos sobre los referidos documentos la conclusión que se alcanza es que el profesional, esto es, la entidad bancaria, no cumplió con la exigencia de la transparencia debida, por lo que en atención a la aplicación del control de transparencia dichos documentos o condicionados deben declararse abusivos y, por tanto, nulos de pleno derecho.

En efecto, teniendo en cuenta todos los elementos que en el presente caso tienen incidencia en el alcance del compromiso asumido por los consumidores se observa que los documentos predispuestos por la entidad bancaria no contienen ese «plus» de información, principal y comprensible, acerca de la trascendencia y de la carga jurídica y económica que para los consumidores reporta la cláusula de renuncia de acciones y conformidad con las liquidaciones y pagos realizados (estipulación tercera de los citados documentos). Y no lo contienen porque de un modo deliberado los documentos predispuestos parten de la «validez y vigor de los préstamos suscritos», «de su

formulación y clausulado», justificando la modificación operada, al margen de cualquier acuerdo transaccional, en el «cambio de la coyuntura económica financiera» (exponiendo V); por lo que la cláusula de renuncia de acciones se le presenta al consumidor de un «modo inocuo», sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte, ni de carga jurídica en detrimento de los derechos inherentes a su condición de consumidor. De forma que se le «oculta» la verdadera razón de su predisposición, es decir, la cobertura o blindaje para el predisponente de las previsibles consecuencias o efectos que se deriven de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo incluidas en los iniciales contratos de préstamo hipotecario.

De ahí la ambigüedad calculada y la falta de claridad y de precisión de la información suministrada no solo en la citada cláusula de renuncia, sino en los documentos en su conjunto, acerca de la «transcendencia» para los derechos del consumidor de la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 que abrió la vía para la denuncia por abusividad de las cláusulas suelo mediante el ejercicio de acciones individuales por los consumidores y, con ello, la posibilidad de los efectos restitutorios provocados por la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas.

Transcendencia que, como hemos señalado a tenor de la citada sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, la entidad bancaria debió conocer y poner de manifiesto acorde con la «experiencia y los conocimientos» de un profesional en el momento de la predisposición de dichos documentos.

Por el contrario, como sucede con la publicidad engañosa (STS 413/2006, de 25 de abril), el profesional predispuso una oferta «engañosa» con aptitud e idoneidad para afectar el comportamiento de los clientes sobre la base de «silenciar» datos fundamentales que ofrecieran una mínima concreción sobre las consecuencias jurídicas y económicas que los clientes asumían con su adhesión: ocultar el carácter litigioso de dichas cláusulas suelo en materia de consumidores y la posibilidad de denunciar su abusividad y de reclamar las consecuencias derivadas a los efectos de la restitución procedente.

Por ello, con toda lógica, y de acuerdo con lo declarado por las citadas SSTJUE de 14 de abril de 2016 y 21 de febrero de 2013, no es de extrañar que la sentencia de la Audiencia resalte que:

«[...] desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto».

Ausencia de información concreta y precisa que contrasta, significativamente, con la diligencia y anticipación que llevó a cabo la entidad bancaria para hacer firmar, «de puño y letra de los consumidores», la cláusula de conocimiento y comprensión de las cláusulas suelo resultantes de las novaciones modificativas. Con una clara intencionalidad de confirmar la validez de las mismas.

Como declara la sentencia de la Audiencia al consumidor medio, destinatario de la protección dispensada por el control de transparencia, como parámetro abstracto de la validez de la cláusula predispuesta (SSTS de 9 de mayo de 2013, 464/2013, de 8 de septiembre, 367/2014 de 8 de junio y 608/2017, de 18 de noviembre), no se le puede exigir que en el momento de la suscripción de los documentos predispuestos, 28 de enero de 2014, pudiera realizar «un seguro juicio proyectivo» del alcance de sus actos de adhesión en una cuestión sujeta a «vaivenes jurisprudenciales, impredecibles para un lego en Derecho (incluso para un experto)». Todo ello, además, en documentos que no contienen verdaderas declaraciones de voluntad, sino de conocimiento que se revelan como claras formulaciones predispuestas por la entidad bancaria vacías de contenido al resultar contradichas por los hechos acreditados; tales como que los clientes tenían conocimiento de la «previsión a corto plazo» de la evolución del índice de referencia, o de la «coyuntura económico-financiera actual» (exponendos cuarto y quinto). Así como fórmulas que vulneran directamente la buena fe contractual, supuesto de la cláusula quinta que, contrariamente a los hechos probados, contempla que la suscripción de dichos documentos fue a propuesta de los clientes («deseo de la parte prestataria»).

En suma, para apreciar la ineficacia de estos documentos predispuestos bastaba, en términos del propio TJUE, que nos planteáramos si «el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, hubiere estimado razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual» (entre otras, STJUE de 14 de marzo de 2013). La respuesta la dan los propios consumidores que, tras la firma de los citados documentos y con fundamento en el carácter abusivo de las cláusulas suelo, interesan ahora, cuando son plenamente conscientes de la situación, la ineficacia de ambos documentos.

TERCERO.- El régimen de ineficacia de la cláusula suelo declarada abusiva como parte integrante del concepto de «orden público comunitario». Su extensión a los documentos predispuestos en el seno de una relación contractual entre consumidores y profesionales. Invalidez de la renuncia de derechos básicos del consumidor.

El segundo plano de análisis que comporta la predisposición de los citados documentos, dentro del curso y desenvolvimiento de una relación contractual sujeta al régimen tuitivo de la contratación entre consumidores y profesionales, es precisamente su contraste con el orden

público comunitario, pues conforme a la estipulación tercera los consumidores renuncian previamente a un derecho básico, esto es, a ejercitar cualquier acción frente a la «formulación y el clausulado» y, con ello, a la posibilidad de ejercitar la acción individual del carácter abusivo de las cláusulas suelo y su correspondiente efecto restitutorio.

En el presente caso, la invalidez parcial de dicha cláusula ya ha sido estimada por la decisión de la mayoría de los Magistrados al confirmar la sentencia de la Audiencia con relación al carácter abusivo, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo insertadas en los contratos de préstamo hipotecario, recuérdese que la citada cláusula parte de la validez y vigor de dichos contratos y de sus condiciones. Queda, por tanto, analizar la extensión de los efectos de dicha declaración de abusividad, incuestionada en el presente caso, a la modificación operada en los citados documentos. Aspecto, como veremos, al que le resulta indiferente la naturaleza novatoria o transaccional de los documentos objeto de estudio.

La incidencia del orden público comunitario, en la naturaleza y alcance del régimen de ineficacia que comporta la declaración de abusividad de la cláusula resulta más relevante, si cabe, si es considerada desde la perspectiva axiológica que aporta el Derecho de la contratación a las relaciones de consumo, pues revela el peso de los «principios jurídicos» (entre otros, buena fe y transparencia) en el desenvolvimiento mismo de nuestras directrices de orden público económico (STS 464/2014, de 8 de septiembre).

Desde esta perspectiva, resulta incuestionable que el régimen de ineficacia que comporta la declaración de abusividad por falta de transparencia de una cláusula predispuesta constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del orden público comunitario, conforme al principio de efectividad del art. 6 de la Directiva 93/13/CEE (SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 y 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011). De ahí su indisponibilidad y la prohibición de moderación e integración por los jueces nacionales.

Esta conexión del régimen del control de transparencia, de su función y sentido, con el concepto de orden público que informa la Directiva 93/13, y a sus propias directrices de «no vinculación» y de «efecto disuasorio», ha sido objeto de una rotunda confirmación por la reciente jurisprudencia del TJUE, especialmente en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, respecto del régimen normativo que se deriva de la declaración de abusividad por falta de transparencia de la denominada «cláusula suelo». Sentencia del TJUE que determinó un cambio de la jurisprudencia de esta sala a partir de la STS 123/2017, de 24 de febrero.

La importancia de esta paradigmática STJUE radica, en síntesis, en que viene a confirmar el alcance normativo de la Directiva 93/13 en aquellos aspectos claves sobre los que se

diseña el modelo de aplicación de la misma. Descartando cualquier otro planteamiento que cuestione o limite su razón de imperatividad.

Así, en primer lugar, debe precisarse que la sentencia no solo se ocupa de señalar la competencia material del Tribunal de Justicia, acerca de la delimitación del régimen de ineficacia derivado de la declaración de abusividad por falta de transparencia, sino que además, apartado 65, destaca que fue «voluntad del legislador de la Unión Europea» que este carácter normativo y, por tanto, vinculante, del régimen de ineficacia de la cláusula abusiva formase parte del «contenido sustancial» de la protección dispensada a los consumidores por la Directiva 93/13/CEE.

En segundo lugar, concordante con la interpretación teleológica de la Directiva, la sentencia, apartados 54 a 61, resalta el carácter imperativo, «como norma de orden público de la Directiva» que tiene el efecto «no vinculante» que se proyecta sobre las consecuencias de la cláusula declarada abusiva. Tal y como se dispone en el artículo 6.1 de dicha Directiva.

Esta valoración normativa, que tiene el efecto no vinculante de la cláusula declarada abusiva, informa el régimen jurídico de la ineficacia que contempla la Directiva. Así, por una parte, respecto a su caracterización aplicativa, dicho carácter normativo comporta, entre otras, las siguientes consecuencias.

En primer término, apartado 70, su régimen de aplicación es uniforme y general en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. En este sentido, su carácter imperativo queda integrado en el propio orden público económico de cada país miembro de la Unión; de forma que su aplicación no puede ser objeto de moderación o integración por los operadores nacionales, esto es, no tienen la facultad de modificar su alcance aplicativo. En segundo término, apartados 58 y 59 de la sentencia, una vez declarada abusiva la cláusula, el efecto no vinculante de la misma debe aplicarse también de oficio por el Juez nacional. Por lo que se establece como una consecuencia ligada causalmente a la declaración de la abusividad de la cláusula, que lo determina de un modo automático.

Por otra parte, respecto de la caracterización de su contenido, la valoración normativa del efecto no vinculante comporta, entre otras, las siguientes consecuencias. En primer término, apartado 71 de la sentencia, dicho efecto de no vinculación viene contemplado como un «Derecho del consumidor europeo» dentro de la protección que dispensa la Directiva, esto es, con una configuración propia y diferenciada. En segundo término, apartado 57 de la sentencia, el efecto de no vinculación, como expresión de la ineficacia resultante de la declaración de abusividad, queda asimilado a una nulidad radical o de pleno derecho, tal y como ya contempla nuestro artículo 8 de la LCGC. De forma que la proyección de la ineficacia derivada determina, necesariamente, una «desvinculación plena» de todos

aquellos efectos o consecuencias jurídicas que haya reportado la aplicación de la cláusula declarada abusiva. Desvinculación que se proyecta tanto «temporalmente», con relación a la restitución ex tunc de lo ya pagado o entregado, como «materialmente», con relación a la supresión de la validez y eficacia de los actos que traigan causa directa de la cláusula declarada abusiva. En los términos del Tribunal de Justicia «pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva».

En tercer lugar, apartados 60 y 63 de la sentencia, conviene realizar una consideración acerca de la configuración del efecto disuasorio que, a juicio del propio Tribunal de Justicia, se desprende del artículo 6.1 en relación con el artículo 7.1 de la Directiva. Este efecto ha sido considerado por algún sector doctrinal como un principio de carácter programático, de suerte que, conforme a dicha naturaleza, resultaría modulable por el Juez nacional en atención a los principios del propio Derecho nacional y al grado o nivel de protección que se derivase del mismo. En mi opinión, esta valoración parte del mismo error de concepto que se aprecia en los que niegan el carácter normativo del citado efecto no vinculante de la cláusula declarada abusiva. En este sentido, la sentencia del TJUE no deja resquicio de duda alguna al respecto, pues el efecto disuasorio constituye un reflejo del propio efecto de no vinculación, esto es, forma parte sustancial del principio de efectividad que consagra el artículo 6.1 de la Directiva y, por tanto, de su consideración o alcance de orden público. Es más, se puede afirmar que dicho principio es un desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Justicia en apoyo del nivel de protección máximo que caracteriza la aplicación de esta Directiva. Por lo que tampoco cabe su moderación o integración, es decir, o hay efecto disuasorio pleno o no lo hay. Se comprende, de este modo, que pese a la expresión de los denominados principios de efectividad y de disuasión su alcance conceptual refiera, más bien, el carácter esencial que como regla o norma imperativa tiene el efecto de no vinculación en la arquitectura o diseño normativo de la Directiva.

En cuarto lugar, y estrechamente relacionado con lo anteriormente expuesto, apartados 68 a 71 de la sentencia, el Tribunal de Justicia también ha dejado claro que el principio de autonomía procesal de cada Estado miembro de la Unión, y con ello el principio de equivalencia, no permite al Juez nacional que su aplicación afecte al contenido sustancial del derecho del consumidor a no estar vinculado por los efectos de la cláusula declarada abusiva. Por lo que la protección no absoluta del consumidor en la efectividad de este derecho solo tiene lugar a través del cauce de la excepción que determina bien la fuerza de la cosa juzgada, o bien la fijación de plazos de carácter preclusivo para poder recurrir.

En el presente caso que, como se ha señalado, no puede reconducirse ni a un supuesto de mediación, ni a una homologación judicial de convenio transaccional, habrá que concluir que el régimen de ineficacia absoluta de la cláusula suelo declarada abusiva se «extiende» también a aquellos

actos o negocios que traigan causa directa de las cláusulas declaradas abusivas y, por ende, traten de «moderar», «integrar» o «convalidar» la ineficacia resultante, bien rebajando el interés mínimo de la cláusula suelo, o bien, y de forma más relevante, predisponiendo una renuncia de los derechos básicos de los consumidores contraria, además, a la tutela judicial efectiva de los consumidores (art. 24 CE), esto es, al control judicial de oficio de las cláusulas suelo y de las posteriores renunciaciones predisuestas por el profesional.

CUARTO.- La naturaleza de novación modificativa de los documentos suscritos por los consumidores. La improcedencia de la revisión casacional de la calificación realizada por la instancia. La regla de la interpretación contra proferentem. La inviabilidad de la naturaleza transaccional de los documentos y de su pretendida validez.

Por último, de acuerdo con el método de análisis seguido, el pretendido acuerdo novatorio en virtud del cual se modifican las cláusulas suelo, modificando el tipo de interés mínimo inicialmente pactado e implicando una renuncia al ejercicio de acciones y reclamaciones por razón de dichas cláusulas, también sería ineficaz para los clientes en atención al marco normativo de nuestro Derecho nacional, conforme a los siguientes argumentos.

En primer lugar, hay que señalar que la revisión, en sede casacional, de la calificación declarada por ambas instancias acerca del carácter novatorio de los citados documentos por su naturaleza transaccional no resulta acertada o procedente.

En este sentido, es doctrina muy reiterada de esta sala que la calificación contractual constituye una función atribuida fundamentalmente al juzgador de instancia, la cual debe prevalecer en casación a menos que resulte ilógica, absurda o contraria a norma legal (entre otras, SSTS 1139/2003 de 28 de noviembre y 1006/2007, de 27 de noviembre, y las numerosas sentencias que son, a su vez, objeto de cita en dichas sentencias). También es doctrina reiterada que para la calificación contractual habrá de estarse al contenido real u obligacional convenido y al protagonismo que las partes adquieren, con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras (por todas, STS de 15 de diciembre de 2005).

Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la calificación de dichos documentos como contratos de modificación (novatorios) constituye un aspecto ajeno a la casación porque la valoración sustantiva que realizan ambas instancias no puede calificarse, a su vez, de ilógica, arbitraria o contraria al ordenamiento jurídico.

Por el contrario, en el presente caso, la «causalización» del effectum iuris (efecto novativo) en el sentido y función de los citados documentos resulta clara tanto en relación a la voluntad o protagonismo de las partes, en este caso a la voluntad del predisponente, como en la incidencia del nuevo

contenido obligacional en la relación obligatoria originaria. Aspectos que resultan determinantes en la configuración de la novación de la obligación.

En este sentido, y dado que no hay cuestión interpretativa al respecto, por la naturaleza predispuesta de los documentos, la apreciación de «la voluntad de novar» de la entidad bancaria resulta clara, pues no solo califica dichos documentos como «contratos de novación modificativa de los préstamos» (rúbrica de los contratos y exponiendo VI), sino que además expresamente destaca dicha calificación para indicar su sujeción a la Ley 2/1994, de 30 de marzo (cláusula quinta). A su vez, y de un modo principal y determinante, es el «efecto novatorio» el que estructura y vertebrata el contenido obligacional de los citados documentos que, en todo momento, parten de la «validez y vigor de los préstamos suscritos y de sus condiciones» (cláusula tercera), así como del alcance modificativo de la novación operada (exponiendo VI y cláusula quinta).

En todo caso, la calificación de dichos documentos como contratos transaccionales también tropieza con dos importantes objeciones. La primera es que tanto la finalidad como el contenido de los citados documentos no reflejan, en modo alguno, la «existencia de una situación litigiosa o controversia» que pretenda sustituirse por otra cierta para evitar un pleito entre las partes (entre otras SSTS de 3 de febrero de 1998, de 24 de julio de 1996 y 16 de febrero de 2010). En efecto, en el presente caso, en el que ni siquiera hubo una previa reclamación formal de los clientes, la entidad bancaria, como se ha señalado, en ningún momento contempla la existencia de situación litigiosa o de controversia acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario. Por el contrario, parte de la validez de las mismas y, sobre todo, que la novación o modificación operada obedece o queda justificada por el citado «cambio de la coyuntura económica financiera» (exponiendo V); de forma que la cláusula de renuncia de acciones se le presenta a los clientes de un «modo inocuo» y, por tanto, sin ser conscientes de las consecuencias jurídicas y económicas que pudieran derivarse de su situación de litigiosidad.

La segunda, conexas a la anterior, es que la entidad bancaria predisponente al silenciar deliberadamente la situación litigiosa o de controversia de las cláusulas suelo impide que la renuncia de derechos de los consumidores pueda ser calificada «de clara, terminante e inequívoca, como expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos», tal y como exige la jurisprudencia de esta sala (entre otras, sentencias 57/2016, de 12 de febrero, 221/2017, de 5 de abril y 358/2017 de 6 de junio). En el presente caso, las «meras quejas» de los consumidores por los intereses pagados con arreglo a la aplicación de las cláusulas suelo y su adhesión a la rebaja propuesta por la entidad bancaria no constituyen actos inequívocos de su voluntad de convalidación de dichas cláusulas, ni de un acuerdo

transaccional sobre las consecuencias de la controversia acerca de su posible validez; cuya ineficacia y alcance último ha sido conocido por los consumidores tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

En este contexto, cabe extraer las siguientes conclusiones.

Los documentos suscritos responden a la naturaleza de una novación modificativa de los contratos iniciales de préstamo hipotecario, por la que el predisponente pretende la convalidación de las cláusulas suelo. Dicha convalidación, conforme a las normativa comunitaria y a la legislación sectorial aplicable, resulta improcedente dada la nulidad de pleno derecho de la obligación objeto de la novación, tal y como contempla el art. 1208 del Código Civil y la jurisprudencia de esta sala (SSTS 654/2015, de 19 de noviembre y 558/2017, de 16 de octubre).

La calificación de novación modificativa declarada por las instancias no es ilógica, arbitraria o contraria a norma imperativa; por lo que queda extramuros de la revisión en sede casacional. En cualquier caso, su revisión por el carácter transaccional de los citados documentos también resulta improcedente, pues vulnera la regla de la interpretación «contra proferentem» (art. 1288 del CC, art. 10 del TRLGCU y art. 6.2 LCGC) que impone que debe resolverse dicha duda de interpretación o de calificación en contra del predisponente, esto es, en el sentido más beneficioso para la posición e intereses del consumidor y no, como en el presente caso, para favorecer la limitación de responsabilidad patrimonial de la entidad bancaria que ve confirmadas sus cláusulas suelo, sin restitución alguna.

La calificación transaccional de dichos documentos tampoco procede en atención a los presupuestos requeridos para la misma, a saber, la previa existencia o delimitación de la situación litigiosa y la idoneidad de la controversia para ser objeto de transacción. Ninguno de estos presupuestos concurren en la predisposición y adhesión de los citados documentos. Los consumidores no otorgaron un consentimiento «libre e informado» sobre la cláusula de renuncia de acciones y su alcance transaccional, pues no fueron conscientes del alcance de su carácter litigioso. Tampoco la entidad bancaria podía recurrir a la figura de la transacción para dejar sin efecto las normas imperativas de protección de los consumidores por medio de una previa renuncia de sus acciones, esto es, de su derecho básico a que las cláusulas predispuestas queden sujetas al control de transparencia y puedan ser declaradas abusivas y, por tanto, nulas de pleno derecho con los correspondientes efectos restitutorios (art. 10 TRLGDCU, en relación con el art. 86.7 de dicho texto legal). Del mismo modo, que la citada renuncia de acciones no puede vulnerar el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva, es decir, al control judicial de oficio de las cláusulas suelo.

QUINTO. En virtud de todo lo razonado anteriormente, el recurso de casación de la entidad bancaria debió ser desestimado en su integridad, confirmando la línea seguida

hasta ahora acerca de la nulidad absoluta de esta práctica bancaria que vulnera los derechos básicos de los consumidores».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1143/2015] DE 12 DE ABRIL DE 2018 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Sociedad de responsabilidad limitada: legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad, por simulación, del negocio de suscripción de las participaciones sociales. El negocio jurídico de suscripción es simulado o tiene una causa ilícita cuando su finalidad es vaciar el activo patrimonial de la sociedad. El negocio jurídico que ejecuta el acuerdo de aumento de capital es atacable directamente sin necesidad de impugnar previamente el acuerdo societario.

«En síntesis, la demandante y aquí parte recurrente, D.ª Belinda, socia mayoritaria de la mercantil Iranzo Servicios Inmobiliarios, S.L. interpuso demanda contra dicha entidad y contra Bergantín Real Estate, S.L., aquí parte recurrida, por la que solicitaba la nulidad radical del negocio de suscripción y adquisición de nuevas acciones llevado a cabo entre las citadas entidades. La demandante justificaba la nulidad solicitada por el carácter simulado de la operación realizada, pues la entidad Iranzo Servicios Inmobiliarios, S.L. para llevar a cabo dicha adquisición había realizado una aportación patrimonial 465 veces superior al valor nominal de las acciones suscritas. En este sentido, por una parte, Bergantín Real Estate, S.L. había acordado una ampliación de capital social en la suma de 1.444,80 euros, correspondientes a 240 participaciones sociales de 6,02 euros de valor nominal y con una prima de emisión de 2.797,15 euros por participación social. Por la otra parte, Iranzo Servicios Inmobiliarios, S.L. procedía a su suscripción aportando para ello bienes inmuebles por valor de 672.760, 80 euros, esto es, una aportación patrimonial 465 veces superior al valor nominal de las acciones suscritas.

La codemandada Iranzo Servicios Inmobiliarios, S.L. se allanó a la demanda, mientras que, Bergantín Real Estate, S.L. se opuso a la demanda y con carácter previo alegó la falta de legitimación activa de la demandante.

De los hechos acreditados en la instancia, conviene destacar los siguientes:

En la escritura de aumento de capital y modificación de estatutos otorgada por la entidad Bergantín Real Estate, S.L., el 22 de marzo de 2010, en donde quedó contemplada la referida suscripción de las nuevas participaciones, en representación de la adquirente Iranzo Servicios Inmobiliarios, S.L. compareció el Sr. Basilio en calidad de administrador único de la sociedad y de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 62 y 63 de la L.S.R.L.

Por parte de Bergantín Real Estate, S.L. compareció D.ª Marí Jose en calidad de administradora única de la sociedad.

D. Basilio es hijo de la demandante y esposo de la administradora única de Bergantín Real Estate, S.L.

En el curso de las desavenencias surgidas entre la demandante y su hijo, esta sala en la sentencia de 3 de febrero de 2010 declaró la nulidad del contrato de transmisión de las participaciones por el que Basilio adquirió la mayoría de las participaciones de la sociedad Iranzo Servicios Inmobiliarios, S.L., de forma que D.ª Belinda volvió a ser la socia mayoritaria.

La sociedad Bergantín Real Estate, S.L. fue constituida el 4 de enero de 2010, con un capital social de 3.010 euros. Pertenece a D. Basilio y a D.ª Marí Jose.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Apreció la excepción de falta de legitimación activa de la demandante y absolvió a las demandadas.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia lo desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia. A los efectos que aquí interesan, declaró:

«[...] Pues bien, examinada la controversia objeto de estos autos principales concluye esta Sala que el acuerdo societario de ampliación de capital necesita, para ser atacado, impugnarlo en su raíz, esto es, impugnar el acuerdo mismo, para desde ahí descender al propio negocio jurídico de ampliación de capital, de tal suerte que, si bien el socio puede impugnar el acuerdo de incremento de capital, no puede hacer lo propio respecto del negocio jurídico en sí, pues aquí regiría el principio de relatividad contractual que consagra el art. 1.257 C.C. El socio, en definitiva, tiene abierta la vía de impugnación del acuerdo así como también, luego se verá, la acción social e individual de responsabilidad frente a los administradores para el caso que se entienda que el acuerdo adolece de alguno de los vicios que puedan invalidarlo o cuando, tal y como aquí sostiene la recurrente, concurra una simulación específica que genere su nulidad radical. En definitiva, no sería posible impugnar el acto negocial sin hacer lo propio, previamente, con el acuerdo societario. Para el ejercicio de esta última acción sí estaba perfectamente legitimada la hoy actora ex art. 206 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, pues se concede legitimación a estos efectos incluso a los terceros que acrediten interés legítimo. La tesis contraria supondría derrumbar un negocio jurídico que a los ojos de terceros seguiría teniendo eficacia en razón de haber quedado debidamente inscrito en el Registro Mercantil. En definitiva, si el negocio jurídico genera una relación interpartes, la actora hoy recurrente, desde su mera condición de socio en la entidad IRANZO SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L., no tendría legitimación para solicitar la nulidad del repetido negocio jurídico y ello por cuanto no participó, obviamente, en dicho negocio jurídico de

ampliación. No nos encontramos, por otra parte, ante un tercero perjudicado por un negocio jurídico sino ante un socio que pretende obtener sin haber intervenido en el acuerdo de ampliación de Capital representando a la sociedad, la nulidad de tal negocio jurídico, todo lo cual se entiende no sin desconocer las efectivas particularidades del referido negocio, que, por el juego de la prima de emisión establecida, consagra un incremento de capital en 1.440,80 euros a cambio de aportaciones no dinerarias tasadas en 672.660,80 euros».

Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En estos recursos, articulados respectivamente en un único motivo, la demandante plantea la cuestión de su legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad, por simulación, de la suscripción de las acciones llevada a cabo, bien por la vía del art. 1302 del C.C., o bien por la vía del art. 10 LEC. Dada la conexión de los motivos planteados se procede, en primer lugar, al examen del recurso de casación.

Recurso de casación

SEGUNDO.- Legitimación activa ad causam. Nulidad por el carácter simulado del acuerdo de suscripción y adquisición de nuevas acciones.

La demandante, al amparo del ordinal 2.º del art. 477.2 L.E.C., interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo la demandante denuncia la infracción del art. 1302 C.C. Argumenta que la sentencia recurrida vulnera la doctrina jurisprudencial de esta sala que interpreta dicho precepto cuando declara que la demandante no puede solicitar la nulidad del negocio jurídico porque no participó en él, ni ostenta la representación de ninguna de las sociedades partícipes del acuerdo, debiendo impugnar previamente el acuerdo societario. Por el contrario, su interés legítimo es claro y directo, pues tras el negocio jurídico cuya nulidad pretende, pasó a tener de un 76,13% del capital social de una sociedad, cuyo patrimonio inmobiliario tenía un valor cercano al millón de euros, y proporcionaba a la sociedad unos ingresos regulares, a tener una participación en una sociedad cuyo valor es cero.

La nulidad que se solicita está justificada en el hecho de que el negocio jurídico de suscripción de acciones es simulado, o tiene una causa ilícita, pues su finalidad es vaciar el activo patrimonial de una sociedad, cuyo administrador está a punto de perder el control, para traspasarlo a otra sociedad por un precio irrisorio y bajo el control de su esposa. Cita en apoyo de su tesis las SSTs de 18 de marzo de 2008 y 16 de enero de 2013.

El motivo debe ser estimado.

En el presente caso, la demandante tiene legitimación activa (ad causam) para ejercitar la acción de nulidad del negocio

jurídico que comporta la restitución de las prestaciones realizadas, pues dicha acción no se dirige contra la validez del acuerdo de ampliación o aumento de capital de 22 de marzo de 2010, sino contra el negocio «instrumental» que lo ejecuta, esto es, el negocio de suscripción y adquisición de las nuevas acciones. Negocio que es susceptible, de un modo directo, de ser objeto de una acción de nulidad por un tercero que resulte perjudicado.

Efectos de la estimación del motivo.

La estimación del motivo comporta casar la sentencia recurrida y al asumir la instancia resolver la cuestión planteada en el recurso de apelación acerca del carácter simulado del negocio jurídico llevado a cabo.

En el presente caso, conforme a los hechos acreditados en la instancia, cabe concluir el carácter simulado del referido negocio de suscripción y adquisición de las nuevas acciones de la sociedad Bergantín Real Estate, S.L. llevado a cabo por el administrador de la sociedad Iranzo Servicios Inmobiliarios, S.L.. En este sentido, se aprecia la existencia de una «causa simulandi», pues se sustrae la totalidad del patrimonio de una sociedad solvente, por un precio irrisorio (465 veces inferior al valor de los bienes aportados), a los efectos de seguir gestionando dicho patrimonio con la sociedad beneficiaria, constituida ex profeso para dicha finalidad o propósito fraudulento que, a su vez, queda evidenciado en la relación matrimonial que une a los partícipes de la operación llevada a cabo, propietarios de la sociedad Bergantín Real Estate, S.L., y en la falta de capacidad económica de dicha sociedad, sin actividad ni ingresos hasta el momento de la suscripción de los mismos».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3050/2015] DE 16 DE ABRIL DE 2018 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Sociedad de responsabilidad limitada: responsabilidad de la administradora solidaria de la sociedad. El ejercicio de la acción social de responsabilidad exige la concurrencia de una serie de requisitos: la existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores; que el mismo sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño. Interrupción del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción por la pendencia de causa penal: a los efectos de la interrupción de la prescripción civil por la pendencia de una causa penal, no es necesaria la identidad de objetos entre ambos procesos (penal y civil), sino la conexión entre los

hechos denunciados en la jurisdicción penal y el objeto del proceso civil.

«En síntesis, D. Juan Alberto, aquí recurrente, y administrador mancomunado de la sociedad familiar Transportes Los 8 Primos, S.L., de la que es socio junto a su ex mujer, D.ª Esther, interpuso demanda contra D.ª Salome, hija suya y anterior administradora solidaria de la citada sociedad. Justificó la interposición de la demanda de acción social de responsabilidad en que su hija, mientras fue administradora solidaria de la sociedad (años 2001, 2002 y 2003), vino periódicamente disponiendo de cantidades con cargo a la cuenta bancaria de la sociedad en beneficio propio y en perjuicio de la sociedad, por un importe que fijó en 62.408 euros.

La demandada se opuso a la demanda. Alegó la falta de legitimación activa del demandante, la prescripción de la acción y la cosa juzgada.

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

La sociedad Transportes Los 8 Primos, S.L. fue constituida en 1996, siendo administradores solidarios D.ª Salome y D. Juan Alberto.

D.ª Salome durante los años 2001, 2002 y 2003 dispuso mediante reintegros, cobro de cheques y traspasos a cuentas corrientes de su titularidad, de la cantidad de 62.408 euros de la sociedad; sin que se haya acreditado su justificación.

D.ª Salome cesó en su cargo de administradora solidaria el 14 de noviembre de 2002. Dicho cese fue inscrito en el Registro Mercantil con fecha 22 de abril de 2004; si bien continuó ejerciendo dicho cargo durante el año 2003. Con idéntica fecha, de 22 de abril de 2004, fueron nombrados administradores mancomunados de la sociedad D. Juan Alberto y D.ª Esther.

El 4 de noviembre de 2005, el demandante interpuso una querrela frente a la demandada por los delitos de falsedad y apropiación indebida. Admitida a trámite, se dictó sentencia por la que se condenó a D.ª Salome por el delito de falsedad en documento mercantil y se la absolvió del delito de estafa por concurrir la excusa absolutoria del art. 268 C.P. (por razón de parentesco con el querellante). Dicha sentencia no se pronunció acerca de la responsabilidad civil, ya que la sociedad perjudicada no se personó en las diligencias incoadas.

Posteriormente, el 16 de noviembre de 2006, el demandante interpuso una nueva querrela por un delito de apropiación indebida. Admitida a trámite, fue sobreesida por auto de 28 de noviembre de 2007. Recurrída dicha resolución, el juzgado de instrucción desestimó el recurso por auto de 31 de enero de 2008. El recurso de apelación interpuesto fue desestimado por auto de la Audiencia

Provincial de 14 de abril de 2008. Dicho auto fue notificado al demandante con fecha 13 de mayo de 2008.

La demanda del presente procedimiento se interpuso el 30 de junio de 2011.

El 11 de abril de 2011, el demandante, administrador mancomunado de la sociedad, mediante acta notarial de notificación y requerimiento solicitó la convocatoria de junta general extraordinaria de socios con la inclusión en el orden del día del ejercicio de acciones judiciales frente a la demandada en su condición anterior de administradora solidaria de la sociedad. Requerimiento que no fue atendido por la otra administradora mancomunada de la sociedad.

El juzgado de lo mercantil estimó la demanda. En este sentido, consideró que los procedimientos penales habían interrumpido la prescripción de las acciones civiles para dirimir la responsabilidad de la demandada, de forma que el demandante ejercitaba una acción social de responsabilidad frente a la anterior administradora que cumplía con todos los presupuestos y requisitos exigidos para su aplicación.

Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso y revocó la sentencia del juzgado de primera instancia. Consideró que el objeto del presente procedimiento se concretó en el ejercicio de una acción individual de responsabilidad, pues el demandante no contó con la preceptiva autorización de la sociedad y, en su caso, con la denegación, para el posterior ejercicio de la acción social. En esta línea, y conforme a lo dispuesto en el art. 1973 del Código Civil, consideró que el ejercicio de las acciones penales no habían interrumpido el plazo de prescripción, pues fueron ejercitadas a título individual, por hechos anteriores al cese de la demandada, sin obtención de indemnización alguna y sin legitimación para ello; de forma que dichos requerimientos no pudieron producir el efecto interruptivo al perseguir objetivos distintos a la acción individual del presente caso.

Frente a la sentencia de apelación, el demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Con carácter previo al examen de los recursos interpuestos hay que señalar que el recurrente justifica, de un modo suficiente, el interés casacional de dichos recursos en base a la vulneración de la jurisprudencia de esta sala acerca de la interrupción de la prescripción civil por la pendency de una causa penal; con cita de las SSTs de 3 de marzo de 1992, de 30 de septiembre de 1993 y de 3 de noviembre de 2010 .

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- 1. El demandante, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 L.E.C., interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en un único motivo.

En dicho motivo, el demandante denuncia la infracción del art. 319 L.E.C., con vulneración del derecho a tutela judicial

efectiva del art. 24 C.E., al considerar que la valoración realizada por la sentencia recurrida ha sido arbitraria, ilógica e irrazonable en cuanto concluye que la acción ejercitada es la acción individual de responsabilidad y que, a su vez, dicha acción está prescrita. Argumenta que el acta notarial de notificación y requerimiento para que la demandada convocase la junta extraordinaria de la sociedad acredita el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

2. El motivo debe ser desestimado.

El recurrente, en el desarrollo del motivo, plantea cuestiones de índole sustantiva que quedan fuera de la naturaleza y función de este recurso extraordinario (art. 473.2.1, en relación con el art. 469.1 L.E.C.).

Recurso de casación

TERCERO.- Acción de responsabilidad social de administradores: requisitos. Interrupción del plazo de prescripción por la pendencia de causa penal.

El demandante, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 L.E.C., interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

En el primer motivo el demandante denuncia la infracción del art. 239.2 L.S.C., por cuanto dicho precepto permite a los socios, que representen al menos el 5% del capital social, solicitar la convocatoria de la junta general para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad. De forma que cuando los administradores no convocasen dicha junta, supuesto del presente caso, los socios podrán entablar directamente la acción social de responsabilidad.

El motivo debe ser estimado.

Conforme a los hechos acreditados en la instancia, la administradora mancomunada de la sociedad no atendió el válido requerimiento que le hizo el demandante, por acta notarial de 11 de abril de 2011, para que convocase la junta general de la sociedad a los efectos de autorizar el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a la demandada en su condición anterior de administradora solidaria de la sociedad, por lo que concurren las circunstancias previstas en el art. 239.2 L.S.C. para entablar la acción de responsabilidad de los administradores.

A su vez, conforme al contenido y desarrollo de la demanda interpuesta no cabe duda de que la acción ejercitada es la acción social de responsabilidad. Acción que en el presente caso, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta sala (entre otras, STS 281/2017, de 10 de mayo) cumple con los requisitos exigidos para su aplicación, esto es, la existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores; que el mismo sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al

estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.

Si nos ajustamos a los hechos declarados probados, se aprecian cumplidos estos requisitos, tal y como fue declarado por el juzgado de lo mercantil.

Las conductas de la Sra. Salome fueron realizadas en su calidad de administradora solidaria de la sociedad. Dichas conductas, apropiación de fondos de la sociedad sin justificación alguna, merecen la calificación de antijurídicas por infringir la ley y, además, han producido, con relación de causalidad, un indudable daño patrimonial a la sociedad, concretado en 62.408 euros.

En el motivo segundo el demandante denuncia la infracción del art. 114 LECrim y de los arts. 1969 y 1973 del Código Civil, en cuanto que los previos procedimientos penales interrumpen el plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad de los administradores.

El motivo debe ser estimado.

Conforme a la doctrina de esta sala contenida, entre otras, en la STS 657/2010, de 3 de noviembre, es suficiente con que el hecho objeto de investigación en el juicio penal pueda tener una influencia terminante en el juicio civil para que se produzca la interrupción del cómputo de la prescripción. No es necesaria la identidad de objetos entre ambos procesos (penal y civil), sino la conexión entre los hechos denunciados en la jurisdicción penal y el objeto del proceso civil.

En los procesos penales se denunció la intervención de la administradora en la apropiación indebida de fondos de la sociedad, hecho que constituye, en esencia, el objeto de la acción social de responsabilidad que se plantea en el procedimiento civil. Por lo que debe considerarse que el plazo de prescripción de dicha acción quedó interrumpido por la pendencia de las causas penales. En el presente caso, la notificación de la desestimación del recurso de apelación se realizó con fecha 14 de abril de 2008, por lo que aún no habían transcurrido los 4 años del plazo de prescripción de la acción en el momento de la interposición de la demanda».