

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 78

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

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SENTENCIA DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 17 DE MAYO DE 2018 [Asunto C-147/16]

Contratación mediante condiciones generales: cláusulas abusivas. El juez puede examinar de oficio, en el marco de un procedimiento en el que una de las partes ha sido declarada en rebeldía, la cuestión de si el contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva de la Unión sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Una institución educativa principalmente financiada con fondos públicos debe tener la consideración de “profesional”, en el sentido de la Directiva, cuando concede a un estudiante un plan de pago a plazos.

«El 3 de febrero de 2014, la Sra. Kuijpers adeudaba a la KdG, entidad en la que entonces estudiaba, un importe total de 1 546 euros en concepto, por un lado, de tasas de matrícula para los cursos académicos 2012/13 y 2013/14 y, por otro, de gastos correspondientes a un viaje de estudios.

Como la Sra. Kuijpers no podía saldar su deuda en un solo pago, celebró un contrato por escrito con el KdG studievoorzieningsdienst (en lo sucesivo, “departamento KdG Stuvo”) en el que acordaron una devolución calculada conforme a un plan de pago a plazos sin intereses. Según lo estipulado en dicho contrato, el departamento KdG Stuvo se obligaba a adelantar a la Sra. Kuijpers el importe que esta necesitaba para saldar su deuda con la KdG, comprometiéndose la interesada a transferir a dicho departamento siete cuotas mensuales de 200 euros, pagaderas desde el 25 de febrero de 2014. Asimismo, se estipuló que el pago de la deuda restante (146 euros) se realizaría el 25 de septiembre de 2014.

Además, el contrato incluía una cláusula aplicable en caso de impago, redactada en los siguientes términos:

“Si el importe prestado no es devuelto (total o parcialmente) dentro de plazo, se devengarán de pleno Derecho y sin necesidad de requerimiento intereses a un tipo del 10 % anual, calculados sobre la deuda pendiente a partir del día posterior a la fecha de vencimiento incumplida. Asimismo,

se adeudará una indemnización destinada a cubrir los gastos de cobro de la deuda, determinada de forma convencional en un 10 % de la deuda pendiente, con un mínimo de 100 euros.”

Pese a haber recibido un escrito de requerimiento del departamento KdG Stuvo, la Sra. Kuijpers no efectuó los pagos.

El 27 de noviembre de 2015, la KdG presentó una demanda ante el Vrederegerecht te Antwerpen (Juez de Paz de Amberes, Bélgica) contra la Sra. Kuijpers con objeto de que se la condenara a abonarle el importe adeudado en concepto de principal (1 546 euros), intereses de demora a un tipo del 10 % devengados desde el 25 de febrero de 2014 (269,81 euros) y una indemnización (154,60 euros). La Sra. Kuijpers no compareció ante ese órgano jurisdiccional ni tampoco lo hizo nadie en su nombre.

Mediante resolución interlocutoria de 4 de febrero de 2016, el órgano jurisdiccional remitente concedió a la KdG el importe adeudado en concepto de principal. En lo que respecta a los intereses y a la indemnización que también se solicitaban, ordenó la reapertura de la fase oral e invitó a la KdG a que formulara observaciones sobre la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

El órgano jurisdiccional remitente señala que, habida cuenta de que la Sra. Kuijpers no ha comparecido, está obligado, en virtud del artículo 806 del Código de Procedimiento Civil, a estimar las pretensiones de la KdG, salvo si la tramitación del procedimiento o dichas pretensiones fueran contrarias al orden público.

A este respecto, en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si puede examinar de oficio, en el marco de un procedimiento en el que una de las partes ha sido declarada en rebeldía, la cuestión de si el contrato en el que se basa la reclamación de la KdG está comprendido en el ámbito de aplicación de la normativa nacional que aplica la Directiva 93/13. En particular, dicho órgano jurisdiccional considera que no está claro que la normativa relativa a las cláusulas abusivas sea una materia de orden público en Bélgica. Así pues, ese órgano jurisdiccional alberga dudas sobre la conformidad de la legislación procesal nacional con dicha Directiva, puesto que dicha legislación podría oponerse a tal examen.

En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si el contrato celebrado entre la KdG y la Sra. Kuijpers está comprendido en el ámbito de aplicación de la normativa nacional sobre las cláusulas abusivas. En este contexto, ese órgano jurisdiccional alberga dudas sobre la conformidad de esta normativa con la Directiva 93/13, ya que el ámbito de aplicación de tal normativa no se define en relación con los contratos celebrados entre un consumidor y un “profesional”, sino en relación con los celebrados entre un consumidor y una “empresa”. En cualquier caso, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si una entidad educativa como la KdG, financiada principalmente con fondos públicos, debe tener la consideración de “empresa” y/o “profesional” cuando concede a un estudiante un plan de pago a plazos como el que es objeto del litigio principal.

En estas circunstancias, el *vrederegrecht te Antwerpen* (Juez de Paz de Amberes) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) Cuando conoce de una reclamación interpuesta ante él contra un consumidor sobre la ejecución de un contrato y, en virtud de la legislación procesal nacional, está facultado de oficio para examinar únicamente si la reclamación es contraria a las normas nacionales de orden público, ¿está el juez nacional igualmente facultado para examinar de oficio, incluso en los supuestos de rebeldía, y declarar que el contrato en cuestión está comprendido en el ámbito de aplicación de la [Directiva 93/13], tal como ha sido transpuesta al Derecho belga?

2) Una entidad educativa autónoma que imparte formación subvencionada a un consumidor, en relación con el contrato por el que se proporcionará tal formación a cambio del pago de una tasa de matrícula, eventualmente incrementada en los importes dirigidos al reembolso de los gastos soportados por la entidad educativa, ¿debe tener la consideración de empresa en el sentido del Derecho de la Unión?

3) Un contrato celebrado entre un consumidor y una entidad educativa autónoma subvencionada, en virtud del cual dicha entidad imparte formación subvencionada, ¿está comprendido en el ámbito de aplicación de la [Directiva 93/13], y una entidad educativa autónoma que imparte formación subvencionada a un consumidor ha de tener la consideración de profesional en el sentido de dicha Directiva en relación con el contrato relativo a tal actividad de formación?”

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión prejudicial

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que un juez nacional que conoce de un litigio en el que una de las partes ha sido declarada en rebeldía, y al que la legislación

procesal nacional faculta para examinar de oficio si la cláusula en que se basa la reclamación es contraria a las normas nacionales de orden público, puede (o incluso debe) examinar de oficio si el contrato que incluye esa cláusula está comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

De la resolución de remisión se desprende que tal cuestión está relacionada con la existencia del artículo 806 del Código de Procedimiento Civil en el Derecho belga, artículo que obliga al juez nacional que conoce de un litigio en el que una de las partes ha sido declarada en rebeldía a estimar las pretensiones o las alegaciones de la parte que sí ha comparecido, salvo si la tramitación del procedimiento o esas pretensiones o esas alegaciones son contrarias al orden público. Así pues, el juez nacional que conoce del litigio en que una de las partes ha sido declarada en rebeldía únicamente puede apreciar de oficio los motivos de orden público. No obstante, habida cuenta de que no está claro que la normativa belga relativa a las cláusulas abusivas sea una materia de orden público, ese juez duda de que pueda examinar de oficio si un contrato como el que es objeto del litigio principal está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

Para responder a la cuestión planteada, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (sentencias de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, apartado 46 y jurisprudencia citada; de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, apartado 19 y jurisprudencia citada, y de 7 de diciembre de 2017, Banco Santander, C-598/15, EU:C:2017:945, apartado 36 y jurisprudencia citada).

El Tribunal de Justicia también ha declarado que, habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (sentencias de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, apartado 47 y jurisprudencia citada; de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, apartado 20 y jurisprudencia citada, y de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 41 y jurisprudencia citada).

Con el fin de garantizar la protección a que aspira dicha Directiva, el Tribunal de Justicia ha subrayado que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el

profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (sentencias de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, apartado 48 y jurisprudencia citada; de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, apartado 21 y jurisprudencia citada, y de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252, apartado 23 y jurisprudencia citada).

A la luz de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional, en el marco de las funciones que le incumben en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13, debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, apartado 38, y de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, apartados 22 y 24 y jurisprudencia citada).

Ahora bien, esta obligación supone que el juez nacional está también obligado a examinar si el contrato que contiene la cláusula en la que se basa la reclamación está comprendido en el ámbito de aplicación de esa Directiva (véanse, en este sentido, la sentencia de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, apartado 49, y, por analogía, la sentencia de 4 de junio de 2015, Faber, C-497/13, EU:C:2015:357, apartado 46). En efecto, para apreciar de oficio el carácter abusivo de unas cláusulas incluidas en el contrato de que se trate es necesario que ese juez examine previamente si tal contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

Esas obligaciones que incumben al juez nacional deben considerarse necesarias para garantizar al consumidor una protección efectiva, como la que establece la Directiva 93/13, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que este ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos (véanse, en este sentido, la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, apartado 28 y jurisprudencia citada, y el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost', C-76/10, EU:C:2010:685, apartado 42).

De esta forma, la protección que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque, por un lado, el hecho de que ese contrato entra en el ámbito de aplicación de esta Directiva y, por otro lado, el carácter abusivo de la cláusula en cuestión, bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos (véanse, en este sentido, la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, apartado 29 y jurisprudencia citada, y el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost', C-76/10, EU:C:2010:685, apartado 43).

En lo referente al cumplimiento de esas obligaciones por un juez nacional que conoce de un litigio en el que una de las partes ha sido declarada en rebeldía, es oportuno recordar que, a falta de normativa en el Derecho de la Unión en esa materia, la regulación de los procedimientos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables corresponde al Derecho interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos. No obstante, esa regulación no debe ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni articularse de tal manera que en la práctica haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos a los consumidores por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véase, por analogía, la sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 42 y jurisprudencia citada).

En lo que respecta al principio de equivalencia, al que se refiere implícitamente la primera cuestión prejudicial y que es el único controvertido en el caso de autos, hay que destacar, como se ha recordado en el apartado 27 de la presente sentencia, que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 es una disposición de carácter imperativo (sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 43 y jurisprudencia citada).

El Tribunal de Justicia ha juzgado además que, dada la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores, el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público. Debe considerarse que esa calificación se extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para alcanzar el objetivo que persigue el citado artículo 6 (sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 44 y jurisprudencia citada).

De ello se deduce que, cuando el juez nacional sea competente, según las normas procesales internas, para examinar de oficio si una reclamación es contraria a las normas nacionales de orden público, competencia que, según las indicaciones expuestas en la resolución de remisión, se reconoce en el sistema judicial belga al órgano jurisdiccional que conoce de un litigio en el que una de las partes ha sido declarada en rebeldía, también deberá ejercer esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios enunciados por la Directiva 93/13, si la cláusula controvertida en que se basa dicha reclamación y el contrato en que la misma figura están comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva y, en su caso, si tal cláusula es abusiva (véase, por analogía, la sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 45).

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión planteada que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que conoce de un litigio en el que una de las partes ha sido declarada en rebeldía, y al que la legislación procesal nacional faculta para examinar de oficio si la cláusula en que se basa la reclamación es contraria a las normas nacionales de orden público, está obligado a examinar de oficio si el contrato que incluye esa cláusula está comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva y, en su caso, si tal cláusula es abusiva.

Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera

Mediante sus cuestiones prejudiciales segunda y tercera, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, por un lado, si una entidad educativa autónoma, como la KdG, puede tener la consideración de empresa en el sentido del Derecho de la Unión cuando imparte formación subvencionada a un consumidor, percibiendo por ello únicamente una tasa de matrícula, eventualmente incrementada en los importes dirigidos al reembolso de los gastos soportados por dicha entidad. Por otro lado, ese órgano jurisdiccional pregunta si el contrato celebrado entre un consumidor y una entidad de este tipo relativo a la impartición de tal formación está comprendido en la Directiva 93/13 y si, en el marco de ese contrato, dicha entidad debe tener la consideración de “profesional”, en el sentido de la mencionada Directiva.

Con carácter preliminar, es preciso recordar que, conforme a su artículo 1, la Directiva 93/13 no se aplica a los contratos celebrados entre “empresas” y consumidores, sino a aquellos celebrados entre “profesionales” y consumidores, por lo que no procede determinar, en el marco del litigio principal, si una entidad educativa como la KdG debe tener la consideración de “empresa”, en el sentido del Derecho de la Unión.

Por lo demás, como se desprende de la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia, el legislador belga empleó el término de “empresa” que figura en el artículo VI.83 del Código de Derecho Económico para transponer al ordenamiento jurídico nacional el término de “profesional” que se define en el artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13.

A este respecto, es preciso recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 93/13, para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero. Esta obligación de interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del Tratado FUE, en la medida en que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver los litigios de que conozcan (véase, por analogía, la sentencia de 21 de

abril de 2016, Radlinger y Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, apartado 79 y jurisprudencia citada).

De ello se desprende que, en el marco del litigio principal, el juez nacional debe interpretar el concepto de “empresa” utilizado en Derecho belga de manera conforme al concepto de “profesional”, en el sentido de la Directiva 93/13, y, en particular, a la definición que figura en su artículo 2, letra c).

Además, de la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia también se desprende que el contrato objeto del litigio principal, suscrito por la KdG y por la Sra. Kuijpers, recoge un plan de pago a plazos sin intereses de los importes adeudados por esta última en concepto de tasas de matrícula y de gastos correspondientes a un viaje de estudios.

En este contexto, las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, que es preciso examinar conjuntamente, deben entenderse en el sentido de que el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si una entidad educativa autónoma, como la del litigio principal, que ha celebrado un contrato con una de sus estudiantes en el que se estipulan facilidades de pago de ciertos importes adeudados por esta última en concepto de tasas de matrícula y de gastos correspondientes a un viaje de estudios, debe tener la consideración, en el marco de este contrato, de “profesional”, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13, por lo que dicho contrato queda comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva.

A este respecto, es preciso recordar que, según resulta de sus artículos 1, apartado 1, y 3, apartado 1, la Directiva 93/13 se aplica a las cláusulas de los “contratos celebrados entre profesionales y consumidores” que “no se hayan negociado individualmente”.

Como señala el décimo considerando de la Directiva 93/13, las normas uniformes sobre cláusulas abusivas deben aplicarse a “todos los contratos” celebrados entre un “profesional” y un “consumidor”, según los define el artículo 2, letras b) y c), de esta Directiva.

El artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13 define el concepto de “profesional” como toda persona física o jurídica que, en los contratos regulados por dicha Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

Del propio tenor de esta disposición resulta que el legislador de la Unión pretendió conferir al concepto de “profesional” un sentido amplio (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 28 y jurisprudencia citada).

En efecto, en primer lugar, el empleo del término “toda” en dicha disposición pone de manifiesto que cualquier persona física o jurídica debe tener la consideración de “profesional”,

en el sentido de la Directiva 93/13, si ejerce una actividad profesional.

En segundo lugar, esta misma disposición abarca toda actividad profesional, “ya sea pública o privada”. Por tanto, como manifiesta su decimocuarto considerando, la Directiva 93/13 se aplica también a las actividades profesionales de carácter público (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de enero de 2015, *Iba*, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 25).

De ello resulta que el artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13 no excluye de su ámbito de aplicación ni a las entidades que cumplen una misión de interés general ni a las que están sujetas a un régimen de Derecho público (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2013, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C-59/12, EU:C:2013:634, apartado 32). Además, como ha señalado la Abogado General en el punto 57 de sus conclusiones, habida cuenta de que las funciones de carácter público e interés general se ejercen a menudo sin ánimo de lucro, el carácter lucrativo de la actividad o el hecho de que la ejerza sin ánimo de lucro la entidad no resulta pertinente por lo que respecta a la definición del concepto de “profesional”, en el sentido de esta disposición.

Además, del tenor del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13 resulta que, para que pueda calificarse de “profesional” a la persona de que se trate, es necesario que actúe “dentro del marco de su actividad profesional”. En lo que respecta al artículo 2, letra b), de dicha Directiva, este establece que el concepto de “consumidor” engloba a toda persona física que, en los contratos regulados por dicha Directiva, actúe “con un propósito ajeno a su actividad profesional”.

Por tanto, la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (sentencias de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse* y de *Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 30, y de 3 de septiembre de 2015, *Costea*, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 17 y jurisprudencia citada).

Ese criterio responde a la idea, recordada ya en el apartado 26 de la presente sentencia, que sustenta el sistema de protección establecido por la Directiva, a saber, que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (sentencias de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse* y de *Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 31, y de 3 de septiembre de 2015, *Costea*, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 18 y jurisprudencia citada).

De ello resulta que el concepto de “profesional”, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13, es un

concepto funcional que exige apreciar si la relación contractual forma parte de las actividades que una persona ejerce con carácter profesional (véase, por analogía, el auto de 27 de abril de 2017, *Bachman*, C-535/16, no publicado, EU:C:2017:321, apartado 36 y jurisprudencia citada).

En el caso de autos, los Gobiernos de Bélgica y de Austria han alegado que, como entidad de educación superior financiada principalmente con fondos públicos, la KdG no puede tener la consideración de “empresa”, conforme a la acepción que tiene este concepto en el Derecho de la competencia de la Unión, y, por tanto, ser considerada “profesional”, en el sentido de la Directiva 93/13, puesto que la formación que imparte no constituye un “servicio”, en el sentido del artículo 57 TFUE (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 1993, *Wirth*, C-109/92, EU:C:1993:916, apartados 16 y 17).

A este respecto, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que, en cualquier caso, el litigio principal no se refiere directamente al cometido educativo de una entidad como la KdG. En cambio, es objeto de controversia una prestación concedida por esa entidad, con carácter complementario y accesorio de su actividad educativa, consistente en ofrecer mediante contrato la posibilidad de que una estudiante le devuelva a plazos y sin intereses unos importes adeudados. Pues bien, tal prestación supone, por definición, la concesión de facilidades de pago de una deuda existente y, en esencia, constituye un contrato de crédito.

Por tanto, dejando a salvo la comprobación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los extremos mencionados en el anterior apartado, procede considerar que, al conceder tal prestación complementaria y accesorio de su actividad educativa en el marco de dicho contrato, una entidad como la KdG actúa como “profesional”, en el sentido de la Directiva 93/13.

Corroborar esta interpretación la finalidad protectora perseguida por esta Directiva. En efecto, en un contrato como el que es objeto del litigio principal, existe, en principio, una desigualdad entre la entidad educativa y el estudiante, a causa de la asimetría entre estas partes en lo que se refiere a la información y a las competencias técnicas. En efecto, una entidad como esta dispone de una organización permanente y de competencias técnicas de las que no dispone necesariamente el estudiante, que actúa con fines privados y que se enfrenta incidentalmente a un contrato de este tipo.

Habida cuenta de lo anterior, y dejando a salvo las comprobaciones que el órgano jurisdiccional remitente debe efectuar, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una entidad educativa autónoma, como la del litigio principal, que ha celebrado un contrato con una de sus estudiantes en el que se estipulan facilidades de pago de unos importes

adeudados por esta en concepto de tasas de matrícula y de gastos correspondientes a un viaje de estudios, debe tener, en el marco de este contrato, la consideración de “profesional”, en el sentido de esta disposición, por lo que dicho contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva».

TRIBUNAL SUPREMO

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

Sociedades de capital: responsabilidad solidaria de los administradores en caso de incumplimiento del deber legal de promover la disolución de la sociedad por las deudas sociales surgidas con posterioridad a la aparición de la causa de disolución: 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. 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.

«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.

2. 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.

3. 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 (RJ 2014, 1835), 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).

4. 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».

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

SEGUNDO.- Recurso de casación

1. 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.

2. 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. 262.5TRLSA»:

«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. 262.5TRLSA. 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. 262.5TRLSA 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».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2681/2015] DE 26 DE ABRIL DE 2018 [Ponente: Francisco Marín Castán]

Contrato de seguro: seguro de responsabilidad civil. Cláusula de delimitación temporal de la cobertura incluida en la póliza: cláusula de cobertura anterior o «efecto retroactivo ilimitado, pero no prospectivo». Es válida la cláusula de delimitación temporal retrospectiva o de pasado si cumple los requisitos propios de esta, sin que sean exigibles, además, los requisitos de las cláusulas de futuro dirigidas a cubrir reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro.

«El presente recurso de casación se interpone en un litigio promovido por un arquitecto técnico cuya responsabilidad civil profesional venía siendo asegurada desde su colegiación por la mutua demandada. El demandante interesó esencialmente que se declarase ineficaz la resolución unilateral del contrato por la aseguradora y que se declarase injustificada e inaplicable, por contraria a Derecho, la cláusula de delimitación temporal de cobertura incluida en la póliza, cuestión esta última a la que se redujo la segunda instancia.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1.-D. Romualdo, de profesión arquitecto técnico, aseguró su responsabilidad civil profesional con la entidad Musaat, Mutua de Seguros a Prima Fija (en adelante Musaat) desde su colegiación, suscribiendo en el año 2010 la última póliza de duración anual (doc. 1 de la demanda), que estuvo vigente hasta su expiración a finales de ese año, ya que la aseguradora le comunicó por anticipado su voluntad de no renovarla.

Esta última póliza (n.º 0-65733), denominada «Responsabilidad civil profesional aparejadores/arquitectos técnicos/ingenieros de edificación», suscrita el 21 de octubre de 2009 y con vigencia desde las 0 horas del día 1 de enero hasta las 24 h del día 31 de diciembre de 2010, contenía unas «condiciones especiales» (doc. 1 de la contestación) en las que se incluyeron las siguientes cláusulas (se

reproduce únicamente el tenor literal del texto que guarda relación con la cuestión controvertida):

«Artículo 1º: OBJETO DEL SEGURO

»El presente Seguro garantiza las reclamaciones efectuadas durante la vigencia de la póliza relativas a la responsabilidad civil que directa o subsidiariamente puede serle exigida judicial o extrajudicialmente a los Asegurados en virtud de lo dispuesto en los Artículos 1.101 -salvo casos de dolo o morosidad- 1.591, 1.902 y 19.03 del Código Civil [...]» .

«Artículo 4º: CONSIDERACIÓN DEL SINIESTRO

»El siniestro surge desde el momento que un tercero, a través de una reclamación, judicial o extrajudicial, pone en conocimiento del Asegurado la existencia de unos daños, personales o materiales, con motivo de la actuación profesional, formalizada en la correspondiente Hoja de Encargo [...]».

«Artículo 8º: GARANTÍAS

»[...]

»NO QUEDAN CUBIERTAS DENTRO DE LAS GARANTÍAS DE ESTA PÓLIZA LAS RECLAMACIONES EN OBRAS REALIZADAS CON ANTERIORIDAD O DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE CONTRATO SIEMPRE Y CUANDO DICHAS RECLAMACIONES POR ESTAS ACTUACIONES PROFESIONALES SE FORMULEN DESPUÉS DE HABER DEJADO DE TENER LA CONDICIÓN DE ASEGURADO».

«Artículo 13º: DELIMITACIÓN TEMPORAL DEL SEGURO

»El alcance de la cobertura de esta Póliza se refiere exclusivamente a aquellas reclamaciones formuladas durante la vigencia de la póliza relativas a la responsabilidad civil exigible al Asegurado por su condición de Aparejador, Arquitecto Técnico y/o Ingeniero de Edificación, de donde resulta que cualquier reclamación efectuada con POSTERIORIDAD a la vigencia del contrato y por razón de la responsabilidad civil exigible al Asegurado quedará fuera del ámbito de la cobertura pactada».

El documento de condiciones especiales se acompañó de un «Pacto adicional» a las mismas del siguiente tenor:

«En cumplimiento de lo establecido en la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, el Asegurado acepta específicamente el contenido de los siguientes artículos de las Condiciones Generales de la Póliza,

salvo en lo que resultaren modificados por el presente Condicionado Especial.

»[...]

»CLÁUSULA FINAL

»El Asegurado conocedor de los derechos y obligaciones que por medio de esta Póliza adquiere, los acepta, y reconoce expresamente haber sido informado del ámbito de cobertura del seguro, aceptándolo en los términos que a continuación expresa:

EL SEGURO NO AMPARA OBRAS.

EL SEGURO AMPARA LAS RECLAMACIONES QUE POR SU ACTUACIÓN PROFESIONAL SE LE EFECTÚEN ESTANDO EN VIGOR LA PÓLIZA

»Por consiguiente, las partes se afirman y ratifican en el contenido de los 13 artículos de las presentes Condiciones Especiales, desarrollados en las 5 páginas anteriores, y con promesa de cumplirlo bien y fielmente lo firman».

2.-El 2 de enero de 2013, D. Romualdo interpuso demanda de juicio ordinario contra Musaat solicitando se declarase que la resolución unilateral del contrato llevada a cabo por la aseguradora carecía de causa que la justificara, que conculcaba la propia publicidad con que dicho seguro fue ofertado y que el demandante seguía estando cubierto por las reclamaciones que trajeran causa de obras por las que hubiera abonado las correspondientes primas complementarias, debiendo asumir la demandada tanto las indemnizaciones a cuyo pago fuera condenado como su defensa y asistencia jurídica. En síntesis, alegaba: (i) que desde que se colegió como arquitecto técnico venía asegurando su responsabilidad civil profesional con la mutua demandada y pagaba por ello tanto una prima fija correspondiente a cada anualidad como primas complementarias en función de los trabajos o proyectos que visaba; y (ii) que en noviembre de 2010, tras más de veinte años de relación contractual, recibió una carta por la que la mutua le comunicaba que daba por finalizado el contrato, sin mayor explicación, lo que consideraba contrario a Derecho, a la publicidad ofertada y a los estatutos de la mutua, así como constitutivo de un grave perjuicio para el demandante y de un enriquecimiento sin causa para la mutua al desentenderse esta de posibles reclamaciones por daños en obras por las que el

asegurado ya había abonado la correspondiente prima complementaria.

3.-Musaat se opuso a la demanda alegando, en lo que interesa y en síntesis: (i) que el seguro no era único sino que se iba renovando cada año por voluntad de las partes, por lo que en ningún caso cubría todo el periodo de responsabilidad máxima de 10 años que derivaba de los arts. 1591 CC y 17 LOE, y que el suscrito en el año 2010 no fue resuelto unilateralmente por la mutua sino que simplemente se extinguió por la llegada del plazo anual pactado (31 de diciembre de 2010), respondiendo la decisión de no renovar la póliza a la elevada siniestralidad (número de reclamaciones contra el demandante) soportada durante ese año; y (ii) que la póliza tenía un efecto retroactivo pero no prospectivo, de modo que el siniestro no lo constituía el daño derivado del ejercicio profesional del asegurado, sino la reclamación judicial o extrajudicial de un tercero respecto de la indemnización que pudiera corresponderle por ese daño causado por el asegurado en el desempeño de su profesión, siempre que las reclamaciones se hicieran en el periodo de vigencia de la póliza aunque respondieran a daños por actividad profesional anterior a su suscripción.

4.-A resultas de lo alegado en la contestación sobre la cláusula de delimitación temporal el demandante hizo alegaciones complementarias en el sentido de negar su validez por ser contraria a los arts. 3 y 73 LCS y, subsidiariamente, para caso de que fuera considerada válida y oponible, en el sentido de que solo podría oponerse frente a reclamaciones por obras visadas en el año 2010, que fue cuando dicha estipulación fue firmada, pero no respecto de obras anteriores. En consecuencia modificó su petición inicial interesando que se declarase inaplicable dicha cláusula o, subsidiariamente, que lo fuera solo en los términos indicados. Acompañó las «condiciones especiales» firmadas por el demandante en el año 2010, último año de vigencia de la póliza.

En respuesta a estas alegaciones la demandada adujo que no debían admitirse por no tener encaje legal, que tampoco debía admitirse el documento aportado, pues obraba en poder del demandante y debió aportarse con la demanda, y que la cláusula de delimitación temporal era válida al ajustarse al tenor del art. 73 párrafo segundo LCS, modalidad de retroactividad ilimitada, cubriendo la póliza reclamaciones por obras visadas incluso antes de que

se suscribiera pero siempre que dichas reclamaciones se efectuasen durante su vigencia.

5.-La sentencia de primera instancia, estimando parcialmente la demanda, declaró que la cláusula de delimitación temporal no era válida ni oponible y que por ello no impedía la cobertura de las reclamaciones que pudiera recibir el asegurado por obras para cuyos proyectos o actuaciones hubiera abonado las correspondientes primas complementarias. Sus razones a este respecto fueron, en síntesis, las siguientes:

(i) la alteración de las peticiones iniciales de la demanda estaba justificada por el contenido del escrito de contestación; (ii) el seguro de responsabilidad civil suscrito entre el demandante y Musaat no fue único, pues a lo largo del tiempo en que duró su vinculación se habían sucedido múltiples pólizas, cada una de un año de duración, de forma que no es que la mutua decidiera resolverlo unilateralmente sino que el suscrito en 2010 expiró el 31 de diciembre de ese año al hacer uso la mutua de su derecho a no renovarlo; (iii) según la jurisprudencia las cláusulas de delimitación temporal de cobertura eran válidas conforme a lo dispuesto en el art. 73 párrafo segundo LCS , siempre que, como limitativas de los derechos del asegurado, respetasen las exigencias del art. 3 LCS ; (iv) en el presente caso las «condiciones especiales» incluyeron como art. 13 una cláusula de ese tipo, denominada «Delimitación temporal del seguro», plenamente ajustada a lo dispuesto en el art. 3 LCS pero no a los requisitos de su art. 73, párrafo segundo, lo que determinaba que fuera nula y no oponible, ya que si bien la póliza tenía un efecto retroactivo ilimitado y cubría todos los daños producidos incluso antes de su entrada en vigor siempre que la reclamación se efectuase durante la vigencia de la póliza, por el contrario «el tiempo posterior a la vigencia no respeta el mínimo anual de la norma pues, como se ha dicho, en dicha cláusula se indica que no son objeto de cobertura las reclamaciones efectuadas con posterioridad a la vigencia del contrato».

6.-Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación la aseguradora demandada, limitado a combatir el pronunciamiento sobre la cláusula de delimitación temporal. La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso, confirmó la sentencia apelada y condenó en costas a la apelante. En lo que interesa sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) la apelante funda su recurso en que es

erróneo entender que el art. 73 párrafo segundo LCS «exige que el criterio temporal mínimo de un año se observe tanto respecto del tiempo anterior a la vigencia del contrato como con posterioridad a su extinción»; (ii) del tenor de dicho precepto resultan dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, las de «cobertura retroactiva», en las que la aseguradora asume la cobertura de siniestros acaecidos antes de la vigencia de la póliza y reclamados durante la misma, con la condición de que esa retroactividad sea como mínimo de un año anterior a la celebración del contrato, pudiendo ampliarse dicho plazo por voluntad de las partes pero no reducirse, y las de «cobertura posterior», en las que la aseguradora busca limitar temporalmente los efectos de la cobertura, de modo que, siendo consecuencia lógica del contrato de seguro que la aseguradora responda si el hecho causante se da durante la vigencia del contrato, independientemente de que dicho contrato ya no esté en vigor cuando se haga la reclamación, como consecuencia de este tipo de cláusulas se limita el plazo de responsabilidad, exigiéndose que la reclamación se dé en un plazo que, no obstante, no puede ser inferior al mínimo de un año establecido por la ley, a contar desde que finalizó el contrato, pues de no ser así -como es el caso de la litigiosa- son nulas y carecen de eficacia dado que su contenido perjudica al asegurado; y (III) en consecuencia, la cláusula litigiosa es limitativa de derechos, y si bien respeta las exigencias del art. 3 LCS en cuanto a su aceptación por el asegurado, no cumple los requisitos del art. 73 párrafo segundo LCS , pues este precepto implica, para este caso, «que la cláusula debería tener para declarar su validez que "la reclamación del perjudicado se dé en un plazo no inferior a un año a contar desde la fecha en la que finalizó el contrato" pues lo contrario como es el caso de autos en que la entidad aseguradora ha prescindido de dicho plazo lo que motiva un perjuicio de los derechos del asegurado. Así pues, debemos mantener la declaración de nulidad de la cláusula».

7.-Contra la sentencia de segunda instancia recurrió en casación por interés casacional la aseguradora demandada-apelante mediante un solo motivo, que, en esencia, sostiene la validez de la cláusula de delimitación temporal por no ser acumulables los requisitos legales de la cláusula de futuro a los de la cláusula retroactiva.

SEGUNDO.-Motivo único del recurso

El único motivo del recurso de casación se funda en infracción del párrafo segundo del art. 73 LCS , alegándose la existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de esta sala.

En su desarrollo se argumenta, en síntesis: (i) que dicho precepto, incorporado por la reforma de 1995 (Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, BOE 9 de noviembre), permite distinguir dos tipos o modalidades de cláusulas de delimitación temporal (claim made), las que circunscriben la cobertura «a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un periodo de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su periodo de duración», y las cláusulas que, como la controvertida, circunscriben la cobertura «a los supuestos en que la reclamación tenga lugar durante el periodo de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de los efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado»; (ii) que la vulneración de la doctrina jurisprudencial se produce porque los requisitos temporales que establece dicho precepto no son «acumulativos», según entiende el tribunal sentenciador al considerar que para el caso de cláusulas con cobertura retroactiva como la litigiosa la cobertura comprenda tanto el periodo de al menos un año anterior a la vigencia de la póliza como también ese mismo periodo mínimo de un año desde su extinción; (iii) que por eso la sentencia recurrida, concretamente sus fundamentos segundo, sexto y séptimo, se oponen a la jurisprudencia de esta sala sobre las cláusulas de delimitación temporal, toda vez que, aun sin pronunciarse expresamente sobre la controversia, «en ningún caso ha exigido que concurren la proyección retroactiva y la proyección prospectiva de la eficacia del contrato» ni las ha declarado nulas por ser de solamente una de las dos modalidades legalmente previstas, sino únicamente por no respetar los requisitos del art. 3 LCS , por ser excepciones no oponibles al perjudicado que ejercita la acción directa o por no ser de aplicación al caso el párrafo segundo del art. 73 LCS, introducido por la reforma de 1995.

Para justificar el interés casacional cita -y en algún caso extracta- las sentencias 40/2009, de 23 de abril,

482/2008, de 4 de junio, 366/2012, de 19 de junio, 375/2007, de 22 de marzo, 1002/2005, de 21 de diciembre, y la de 28 de enero de 1998, todas ellas porque, según la entidad recurrente, declaran la validez de las cláusulas de delimitación temporal que se ajusten al art. 3 LCS independientemente de que pertenezcan a una de las dos modalidades previstas en el 73 LCS, siendo por ello válida al amparo del segundo inciso una cláusula como la aquí litigiosa, de cobertura anterior o «efecto retroactivo ilimitado, pero no prospectivo».

Termina la parte recurrente solicitando que esta sala fije, o declare infringida o desconocida por la sentencia recurrida, la siguiente doctrina:

«Que los requisitos de eficacia temporal exigidos por el párrafo segundo del art. 73 LCS para la validez de las cláusulas claim made o de limitación temporal de cobertura no son acumulativos ni concurrentes, sino que basta con que la citada cláusula esté dotada de eficacia retroactiva o prospectiva, en todo caso, al menos durante un año, de manera que dicha cláusula es válida si, además de observar los requisitos del art. 3 LCS ,

o bien limita la cobertura a los siniestros que sean reclamados durante el año siguiente a la extinción del contrato, o bien amplía la cobertura a los siniestros que sean reclamados vigente la póliza por hechos previos a la vigencia del contrato de seguro».

La parte recurrida no ha formulado oposición.

TERCERO.-Doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas de delimitación temporal

La jurisprudencia, al interpretar el actual párrafo segundo del art. 73 LCS , añadido por la d. adicional 6.ª de la Ley 30/1965, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ha considerado admisibles las cláusulas de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil si cumplen el requisito, como cláusulas limitativas que son según la propia norma, de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, como exige el art. 3 LCS (sentencias 700/2003, de 14 de julio , 87/2011, de 14 de febrero , 283/2014, de 20 de mayo , y 134/2018, de 8 de marzo).

También se ha declarado por la jurisprudencia que la interpretación de estas cláusulas no debe perjudicar al asegurado ni al perjudicado (sentencias 87/2011, de 14 de febrero , y 366/2012, de 19 de junio), pero esta

declaración debe ponerse en relación o bien con sentencias sobre el art. 73 LCS antes de su modificación en 1995, o bien con la aplicación de su redacción posterior a casos de sucesión o concurrencia de seguros de responsabilidad civil para evitar periodos de carencia de seguro o de disminución de cobertura en detrimento del asegurado o del perjudicado, pues claro está que las cláusulas de delimitación temporal, como limitativas que son, en principio siempre perjudican al asegurado.

En cambio, esta sala no se ha pronunciado sobre la concreta cuestión que plantea el presente recurso, consistente en si cualquier cláusula de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil debe o no cumplir, a la vez, los requisitos de las de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro, inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS) y de las retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro, inciso segundo del mismo párrafo).

CUARTO.-Decisión de la sala: validez de la cláusula de delimitación temporal retrospectiva si cumple los requisitos propios de esta, sin que sean exigibles, además, los requisitos de las cláusulas de futuro. Estimación del recurso

El motivo, y por tanto el recurso, debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) No se discute que, conforme al art. 13 en relación con el art. 8 de las condiciones especiales de la póliza, el seguro cubría las reclamaciones efectuadas durante la vigencia de la póliza «en [entiéndase «por»] obras realizadas con anterioridad o durante la vigencia de este contrato».

2.ª) Tampoco se discute que la cláusula limitativa se ajustó a los requisitos del art. 3 LCS en cuanto a aparecer destacada de modo especial y ser específicamente aceptada por escrito.

3.ª) La cuestión controvertida, consistente en la exigencia o no de que una cláusula retrospectiva cumpla, además, el requisito temporal de las de futuro (cobertura de las reclamaciones posteriores en, al menos, un año después de la vigencia del seguro), es resuelta por la sentencia recurrida confirmando el criterio afirmativo de la de primera instancia, que consideró nula la cláusula de delimitación temporal porque «no respeta uno de los dos mínimos de cobertura exigidos por el párrafo segundo del artículo 73 LCS».

4.ª) Tal interpretación no se corresponde con lo que en realidad dispone el art. 73 LCS. Cualquiera que sea la opinión que merezca la introducción de su párrafo segundo al alterar la regla general de su párrafo primero para poner el acento no en el nacimiento de la obligación del asegurado de indemnizar a un tercero, sino en la reclamación de este tercero contra el asegurado, lo cierto es que se declaran legalmente admisibles dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, cada una de ellas con sus propios requisitos de validez. Así se desprende de su regulación diferenciada en dos incisos separados por un punto y seguido y del comienzo de la redacción del inciso segundo con el adverbio «asimismo», equivalente a «también», seguido de las palabras «y con el mismo carácter de cláusulas limitativas», reveladoras de que cada una de las modalidades contempladas en el párrafo segundo del art. 73 LCS es diferente de la otra y tiene sus propios requisitos de validez, por más que ambas sean limitativas.

5.ª) En consecuencia, la cláusula de delimitación temporal controvertida cumplía con lo exigido para la modalidad del inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 LCS, pues la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara «durante la vigencia de la póliza» se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación («obras realizadas con anterioridad o durante la vigencia de este contrato»); es decir, cualquiera que fuese el tiempo de «nacimiento de la obligación», y por más que la redacción del art. 8 de las condiciones especiales de la póliza, en negativo, fuese manifiestamente mejorable con solo haberla hecho en positivo.

6.ª) Por tanto la sentencia recurrida, al declarar nula la cláusula en cuestión por no incluir una cobertura, además, de las reclamaciones posteriores en, al menos, un año a contar desde la fecha de finalización del contrato, infringió el párrafo segundo del art. 73 LCS, pues vino a sumar un requisito exigido únicamente para las limitaciones temporales de la modalidad del inciso primero (cobertura posterior de futuro), que pone el acento en la reclamación y no en el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurado frente a terceros.

QUINTO.-Casación de la sentencia recurrida, decisión sobre el caso y fijación de doctrina jurisprudencial

Conforme al art. 487.3 LEC procede casar la sentencia recurrida para, en su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la aseguradora

demandada, desestimar totalmente la demanda, con imposición de costas al demandante conforme al art. 394.1 LEC y sin imponer a ninguna de las partes, conforme al art. 398.2 LEC, las de la segunda instancia y las del recurso de casación.

También procede fijar la siguiente doctrina jurisprudencial: «El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso segundo) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1253/2015] DE 23 DE MAYO DE 2018 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Concurso de acreedores: cuando a la administración concursal le corresponde sustituir al deudor concursado en los procesos judiciales pendientes (v. gr., ante el incumplimiento del convenio y la apertura de la liquidación), pero hace dejación de esta función y permite que la concursada continúe en la defensa de sus derechos patrimoniales objeto de litigio, el deudor concursado mantiene en el pleito la capacidad procesal, pero su legitimación procesal queda condicionada al régimen de autorizaciones previsto legalmente (art. 51.3 LC).

Contratación mercantil: Ley de medidas de lucha contra la morosidad. La ley de morosidad se aplica a pagos que constituyen una contraprestación de una relación comercial, en sentido amplio, no sólo entre empresas, sino también entre estas y la administración pública. Se excluyen expresamente los pagos por indemnizaciones, sin que se distinga entre las derivadas de responsabilidad civil extracontractual o contractual.

«Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

El 10 de abril de 2006, Infraestructura, Construcción y Planeamiento, S.L. (en adelante, Icoplan) y Construcciones Hídricas del Ebro, S.L. (en adelante, Hídricas) concertaron un contrato de ejecución de obra de edificación (documento nº 1) por el que Icoplan debía realizar la construcción de 180 viviendas,

una residencia colectiva juvenil, un equipamiento asistencial y locales comerciales.

En la cláusula 8-3 del contrato se estipulaba que en garantía de la correcta ejecución de la obra, en especial del cumplimiento del plazo de terminación del edificio, el constructor entregaba en ese acto un aval bancario a primer requerimiento por importe del 15% del presupuesto de la obra, esto es, 2.580.000,00 euros, que sería ejecutable en los supuestos que detallaba de cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales, «siempre que sean determinados y justificados documentalmente por la Dirección Facultativa», conforme a la cláusula 22 del contrato.

El 20 de diciembre de 2007, se firmó por ambas partes y la dirección facultativa de la obra el acta de recepción del edificio terminado, y se otorgó el certificado final de la dirección de la obra, visado por los Colegios de Aparejadores y Arquitectos de Zaragoza.

El 20 de febrero de 2008, se realizó la entrega de llaves de la obra a la demandada y, finalmente, el 2 de mayo de 2008, se otorgó el acta de recepción definitiva y liquidación económica de las obras, en la que se consignaron detalladamente los repasos a realizar por la constructora, quien se daba por saldada y finiquitada en cuanto al cobro del precio pactado.

Con posterioridad, Hídricas ejecutó dos avales a primer requerimiento, uno de Banco Santander y otro de Cajamadrid, para cobrarse unos supuestos daños en la urbanización causados por las obras ejecutadas por Icoplan, así como el coste de unas obras que habrían quedado pendientes. En total se cobró 169.033,48 euros.

Icoplan fue declarada en concurso de acreedores por auto de 4 de noviembre de 2008.

Cajamadrid y Banco Santander tienen reconocido en el concurso de Icoplan sendos créditos ordinarios por los importes abonados al ser ejecutados los citados avales.

Por auto de 1 de octubre de 2010, se aprobó el convenio y se alzaron los efectos de la declaración de concurso previstos en el Título III de la Ley Concursal.

2. El 18 de diciembre de 2013, Icoplan interpuso una demanda contra Hídricas, en la que le reclamaba el importe de lo que se cobró mediante la ejecución de

estos avales (169.033,48 euros), más 63.433,95 euros en concepto de intereses moratorios. Esta reclamación se fundaba en la indebida ejecución de los avales por Hídricas, al no tener ésta reconocido crédito alguno a su favor en el concurso de Icoplan, que pudiera servir de soporte a dicha ejecución, y, de forma subsidiaria, por no existir incumplimiento contractual de Icoplan.

3. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y condenó a Hídricas a devolver a Icoplan la suma de 23.528,28 euros, más los intereses legales desde la interposición judicial.

Esta sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Icoplan el 23 de octubre de 2014.

En la oposición al recurso de apelación, Hídricas excepcionó la falta de legitimación ad procesum de Icoplan, porque no constaba el acuerdo de la administración concursal favorable a la apelación.

Con posterioridad (27 de noviembre de 2014), fue aportado al rollo de la apelación, y admitido por el tribunal, un escrito en el que la administración concursal de Icoplan manifestaba su conformidad con que se hubiera apelado la sentencia de primera instancia.

4. La sentencia de apelación, en primer lugar, desestimó la excepción, al entender que la exigencia legal quedaba cumplida con la autorización de la administración concursal.

En cuanto al fondo del asunto, estimó el recurso, al entender que no había quedado acreditado el incumplimiento contractual de Icoplan que justificara la ejecución de los avales por parte de Hídricas, de acuerdo con lo pactado en el contrato de ejecución de obra. Este pronunciamiento, o mejor dicho, la justificación de este pronunciamiento no es objeto de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, por lo que no resulta necesario hacer mayores precisiones.

Finalmente, la sentencia de la apelación declara la procedencia del pago de los intereses de demora reclamados al amparo de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

5. Frente a la sentencia de apelación, Hídricas interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación, articulado en dos motivos, que en realidad es uno sólo, porque el segundo refiere la contradicción

que al respecto hay en las resoluciones de las audiencias provinciales.

Invertimos el orden de examen de los recursos y empezaremos por el de casación, en la medida en que lo que se suscita en casación es presupuesto lógico de la infracción que se denuncia en el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la indebida interpretación de los arts. 48.3 y 145.3 de la Ley Concursal, tras la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

La Audiencia habría infringido estos preceptos al entender que era subsanable la falta de legitimación procesal, por carencia de la debida representación, en que incurrió la sociedad demandante al formular el recurso de apelación, pues con anterioridad se había abierto la fase de liquidación como consecuencia del incumplimiento del convenio, sin que hubiera intervenido la administración concursal, única legitimada para representar a la concursada.

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

2. Desestimación del motivo. Para la resolución del motivo conviene centrar la cuestión objeto de controversia.

Cuando Icoplan presentó su demanda frente a Hídricas, ya se había aprobado el convenio en el seno del concurso de acreedores de Icoplan. La aprobación del convenio conllevaba como efecto consiguiente, según el art. 133.2 LC, el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, sin perjuicio de su sustitución por los que se hubieran podido establecer en el propio convenio. Entre los efectos que habían cesado con la aprobación del convenio estaban los previstos en el art. 40 (sobre las facultades patrimoniales del deudor), el art. 48 (sobre los órganos de las personas jurídicas deudoras) y los arts. 50 y ss. (sobre las acciones individuales).

Cuando se recurre en apelación la sentencia de primera instancia, la concursada se encuentra en fase de liquidación como consecuencia del incumplimiento del convenio y, por ello, bajo los efectos contenidos en el art. 145 LC. Con carácter general, este precepto prevé, en su apartado 1, lo siguiente: «La situación del concursado durante la fase de liquidación será la de

suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley».

Y de forma específica para los deudores personas jurídicas, dispone en el apartado 3 lo siguiente:

«Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte».

De tal forma que, la apertura de la liquidación conllevó que, a los efectos previstos en los art. 40 y 48.3 LC, la concursada pasara a tener suspendidas sus facultades patrimoniales y que su ejercicio correspondiera a la administración concursal. Además del cese de los administradores de la sociedad, en cuanto que al declararse la disolución de la sociedad, cesan sus administradores y las funciones propias del liquidador son asumidas por la administración concursal, y con ello la representación de la sociedad.

No obstante, el art. 145.3 LC prevé una salvedad, pues reconoce que los administradores de la sociedad cesados mantendrán la representación de la concursada «en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte».

Esto puede ocurrir, en primer lugar, en aquellos casos en que se reconoce a la sociedad legitimación para ser parte y la administración concursal no puede asumir su representación porque entra en contradicción con la legitimación propia que la ley le reconoce como órgano concursal: con carácter general en el procedimiento de concurso de acreedores, y, en particular, en el incidente de rescisión concursal o en la sección de calificación concursal.

Pero también cuando en relación con la defensa de los intereses patrimoniales del deudor concursado, la ley reconoce a la sociedad concursada legitimación para personarse y defenderse por sí sola y al margen de la administración concursal, siempre que se cumplan las garantías legales para evitar que de ello se puedan derivar gastos injustificados para la masa activa.

3. La ratio del art. 145.3 LC, integrado por los arts. 40 y 48.3 LC, es que una vez abierta la fase de liquidación, la representación de los intereses patrimoniales de la sociedad concursada corresponde a la administración concursal. Esta representación alcanza no sólo a la capacidad para obligar a la sociedad, sino también para reclamar sus derechos de contenido patrimonial, judicial y extrajudicialmente. Todo ello sin perjuicio de que la norma concursal legitime también a la propia sociedad para personarse y defenderse por sí sola y de forma separada a la administración concursal, por ejemplo en los arts. 51 y 54 LC.

De tal forma que el ejercicio de acciones de contenido patrimonial queda sujeto al régimen específico previsto en el art. 54 LC, que constituye una proyección de la limitación de facultades patrimoniales respecto de las reclamaciones de contenido patrimonial que pudiera ejercitar la concursada frente a terceros. Y respecto de los procedimientos que se hubieran ejercitado con anterioridad a la limitación de facultades patrimoniales, resulta de aplicación lo regulado en el art. 51 LC.

En nuestro caso, respecto del procedimiento judicial pendiente, instado por la concursada durante la fase de cumplimiento de convenio en que no estaba afectada por los efectos del concurso, la apertura de la liquidación generó una realidad semejante a la regulada en el art. 51 LC (efectos de la declaración de concurso sobre los juicios declarativos pendientes).

El art. 51 LC, después de prever la continuación de los procedimientos judiciales pendientes en los que sea parte el deudor concursado, sin que proceda, con carácter general, su acumulación al concurso, regula las consecuencias que la suspensión de facultades patrimoniales genera respecto de la capacidad procesal y las facultades de disposición en dichos procedimientos pendientes:

«2. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el Secretario judicial traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes

personadas en el concurso que el Juez estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas.

»No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez».

Sin perjuicio del régimen previsto de sustitución del deudor concursado por la administración concursal, que debería ser interesada por esta última, la norma permite al deudor mantener su propia representación y defensa separada, por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice que los eventuales gastos generados por estas actuaciones no repercutirán en la masa del concurso.

La norma quiere asegurar que sea la administración concursal la que valore la conveniencia de continuar el procedimiento pendiente y, en su caso, recurrir la resolución judicial que se hubiera dictado en el mismo, en atención a las consecuencias económicas que podrían derivarse para la masa del concurso. Pero permite que la propia concursada continúe con dicho procedimiento siempre que no ponga en riesgo la masa del concurso con eventuales costas y gastos procesales.

4. Pero en nuestro caso consta que la administración concursal no interesó en el procedimiento judicial la sustitución procesal de la concursada, y mientras no se produzca tal sustitución, aquella sigue legitimada para continuar el procedimiento. El problema surge respecto de la capacidad para recurrir en apelación la sentencia de primera instancia.

Mientras no se produzca la sustitución del deudor concursado por la administración concursal, prevista en el párrafo primero del art. 51.2 LC, no opera la posibilidad, concedida en el párrafo segundo al deudor concursado, de mantener su representación y defensa separadas, con las garantías antes descritas. Por lo que no resulta de aplicación este régimen especial.

En casos como el presente, en que a la administración concursal le corresponde sustituir al deudor concursado en los procesos judiciales pendientes, pero hace dejación de esta función y con ello permite que la concursada continúe en la defensa de sus derechos patrimoniales objeto de litigio, el deudor concursado se encuentra de facto bajo el régimen previsto en el apartado 3 del art. 51 para los casos de intervención. Esto es, mantiene en ese pleito la capacidad procesal, pero su legitimación procesal queda condicionada al régimen de autorizaciones previsto en este precepto. Es lógico por ello que, una vez dictada la sentencia de primera instancia, para recurrir en apelación necesitara la conformidad de la administración concursal. Aunque esta exigencia de conformidad no esté explicitada en el art. 51.3 LC respecto de la actuación procesal de recurrir la sentencia, debemos considerarla integrada, a la vista de lo regulado en el art. 54.2 LC respecto del ejercicio de acciones del concursado.

Esta exigencia responde a la lógica de la limitación de facultades patrimoniales y la prevención legal de que una incontrolada actuación procesal de la concursada pueda generar gastos injustificados para la masa de activa, en perjuicio de los acreedores.

En nuestro caso, consta la conformidad de la administración concursal, sin perjuicio de que no fuera anterior a la formulación del recurso, sino posterior. La referencia legal a «la conformidad de la administración concursal» (art. 54.2 LC), muestra que no sólo cabría una previa autorización, sino también una ratificación posterior que subsanara el defecto inicial, pues lo esencial es que los intereses afectados (los del concurso de acreedores) queden salvaguardados. Por eso, como al tiempo de resolverse el recurso de apelación constaba la conformidad de la administración concursal, la Audiencia apreció correctamente que este defecto de legitimación había sido subsanado, sin que con ello se infringieran los preceptos legales reseñados en el motivo de casación.

TERCERO. Recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación del motivo primero. El motivo se formula al amparo de los ordinales 2º y 3º del art. 469.1 LEC, y se funda en la infracción de los arts. 7.4, 7.8 y 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los arts. 48.3, 51.2 y 145.3 LC.

En el desarrollo del motivo se razona que, pese a la apertura de la fase de liquidación, Icoplan interpuso el

recurso de apelación: «i) manteniendo su representación procesal y defensa propias; ii) sin haber prestado caución alguna ante el juzgado de lo mercantil, ni mucho menos obtener resolución alguna acerca de su suficiencia, que le permitiesen actuar con sus propios procurador y abogado; iii) en ningún momento se personó la administración concursal en el proceso, interponiendo el recurso la propia sociedad sin su intervención; y iv) intentó una suerte de subsanación a posteriori, absolutamente extemporánea e insuficiente, pues se limitó a presentar un escrito en el que la administración se declaraba conforme con dicha formulación, sin que mediase nuevo apoderamiento o designación de defensa; ni personación; ni autorización del juzgado; ni prestación de caución».

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

2. Desestimación del motivo. Lo resuelto en casación determina también la desestimación de este motivo de infracción procesal. El apartado 4 del art. 7 LEC, en los casos en que sea parte una sociedad o cualquier otra persona jurídica, con carácter general reconoce capacidad procesal a quienes legalmente les representen. Este precepto se complementa con lo regulado en el apartado 8, para el caso en que esa persona se encuentre en concurso de acreedores:

«Las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal».

Con ello, la Ley procesal se remite al régimen antes descrito de los arts. 40 , 48.3 y 145.3 LC , en relación con los arts. 51 y 55 LC. De acuerdo con lo expuesto antes, si conforme al régimen previsto en el art. 51 LC, la administración concursal no interesó la sustitución de la sociedad concursada sino que prestó su conformidad a que continuara bajo su propia representación en el procedimiento e incluso que apelara la sentencia de primera instancia, debemos entender que este supuesto forma parte de la salvedad prevista en el art. 145.3 LC respecto del cese de los administradores en la representación de la sociedad concursada. En consecuencia, no apreciamos la infracción denunciada.

3. Formulación del motivo segundo. El motivo se ampara en los ordinales 2 y 4 del art. 469.1 LEC, y denuncia la «infracción del artículo 209.3 y 218.2 LEC, en relación con los artículos 24 y 120.3 CE, por absoluta falta de motivación de la sentencia acerca de

uno de los conceptos reclamados por la demandante: los intereses de demora de la ley 3/2004, de 29 de diciembre».

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

4. Estimación del motivo segundo. Como en otras ocasiones, debemos partir de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el sentido y alcance de la exigencia constitucional de la motivación de las sentencias y de la jurisprudencia de esta sala (sentencia 26/2017, de 18 de enero, que cita la sentencia 662/2012, de 12 de noviembre):

«El Tribunal Constitucional ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (SSTC 108/2001, de 23 de abril, y 68/2011, de 16 de mayo).

»De este modo, "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla" (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 736/2013, de 3 de diciembre)».

5. La demanda reclamaba, además de la restitución de la suma que se había cobrado la demandada (Hídricas) mediante la ejecución de los dos avales a primer requerimiento (169.033,48 euros), el interés de demora previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre,

sobre medidas de lucha contra la morosidad, que sumaba un total de 63.433,95 euros.

La demandada se opuso a que resultara de aplicación este interés previsto en la ley de morosidad.

La sentencia recurrida, después de argumentar la procedencia de la condena a devolver las cantidades indebidamente cobradas mediante la ejecución de las garantías (169.033,48 euros), declara también la procedencia de condenar a pagar la suma reclamada como intereses, con el siguiente razonamiento: «Debe, en consecuencia, estimarse la demanda, en todos sus extremos, incluso en el referente a los intereses de demora reclamados al amparo de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre».

No cabe negar que la procedencia de la reclamación de 63.433,95 euros en concepto de intereses de demora y, en concreto, la aplicación al caso de la Ley de 3/2004, de 29 de diciembre, fuera objeto de controversia. En este contexto, la sentencia debía haber dado alguna razón o explicación de por qué consideraba de aplicación esta ley y, con ello, la procedencia de la concreta cantidad que en concepto de intereses de demora se reclamaban. De la lectura de la sentencia no se extrae la razón de la decisión.

Es un caso claro de ausencia de motivación, que conculca las reseñadas exigencias constitucionales y justifica la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, con la consecuencia de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a los intereses, y que respecto de esta pretensión asumamos la instancia.

CUARTO. Intereses de demora

1. Como se explica en la exposición de motivos de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, esta norma incorpora al derecho interno la Directiva 2000/35/CE, de 9 de junio de 2000. El objetivo de la directiva es fomentar una mayor transparencia en la determinación de los plazos de pago en las transacciones comerciales y en su cumplimiento.

De ahí que, como se advierte en la reseñada exposición de motivos:

«(E)l alcance de esta directiva está limitado a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales entre empresas y entre éstas y sector

público. No regula las operaciones en que intervienen consumidores, los intereses relacionados con otros pagos como los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio ni los pagos de indemnizaciones por daños».

En consonancia con lo anterior, el art. 3 de la Ley 3/2004 determina su ámbito de aplicación, mediante un primer apartado que define en sentido positivo lo que sí forma parte de dicho ámbito de aplicación, y un apartado segundo que, para evitar dudas, reseña lo que queda fuera.

El apartado 1 es del siguiente tenor:

«Esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, y entre empresas y la Administración (...), así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas».

De esta descripción positiva del ámbito de aplicación de la ley resalta que la ley de morosidad se aplica a pagos que constituyen una contraprestación de una relación comercial, en sentido amplio, no sólo entre empresas, sino también entre estas y la administración pública.

El apartado 2 del art. 3 de la Ley 3/2004 expresamente excluye, en su letra b):

«Los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio y los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras».

Con ello se excluyen expresamente los pagos por indemnizaciones, sin que se distinga entre las derivadas de responsabilidad civil extracontractual o contractual. Por lo tanto, las denominadas deudas de valor, surgidas por la causación de un daño, ya sea en el ámbito de una relación contractual como extracontractual, están excluidas del régimen de medidas introducidas por la Ley 3/2004. De ahí que no resultaran de aplicación al presente caso.

2. En consecuencia, se desestima la pretensión de pago de la suma de 63.433,95 euros en concepto de intereses de demora, que se fundaba en la aplicación al caso de la Ley de 3/2004, de 29 de diciembre. Desestimamos esta pretensión por considerar improcedente la aplicación al caso de esta norma.

Lo anterior supone que se estime en parte el recurso de apelación de Icoplan, y que se condene a Hidricas a pagar una indemnización de 169.033,48 euros. En la medida en que no consta que hubiera existido una reclamación previa que, conforme al régimen general, hiciera surgir la mora respecto del pago de esta suma de 169.033,48 euros, limitamos la condena al pago de los intereses legales devengados por esta cantidad desde su reclamación judicial».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2715/2015] DE 24 DE MAYO DE 2018 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Concurso de acreedores: incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores. Efectos del concurso sobre los contratos: contrato de permuta financiera o swap de tipos de interés. El flujo de pagos de un swap no es un acuerdo de compensación contractual. Las liquidaciones resultantes de una única operación financiera, el contrato swap, no pueden identificarse con un acuerdo de compensación por el que se hace valer el saldo neto, como obligación única, del producto de la liquidación de una pluralidad de operaciones amparadas en un contrato marco de operaciones financieras y calculado conforme a lo establecido en el mismo. Por otro lado, el swap no es un contrato que produzca obligaciones recíprocas entre las partes sino obligaciones para una sola de las partes en cada una de las liquidaciones previstas, sin perjuicio de que el riesgo sea bilateral y por la aleatoriedad propia del contrato sea posible que la parte para la que surgen obligaciones no sea la misma en todas las liquidaciones. Según doctrina jurisprudencial: "los créditos derivados de contratos de permuta financiera en los que el deudor se encuentre en concurso son créditos concursales y no contra la masa, con independencia de que se hayan devengando antes o después de la declaración de concurso". La función del contrato de permuta financiera de tipos de interés relacionado con otro contrato de préstamo o crédito en el que se pactaron intereses a un tipo variable no es propiamente sustituir el pacto de intereses sino garantizar la posición económica de las partes ante las modificaciones que el tipo de interés pueda experimentar durante la vigencia del contrato. Por tanto, aun cuando el motivo por el que se concertó el swap de intereses esté relacionado con la suscripción de otro contrato que obligue al pago de intereses variables, ello no es razón suficiente para estimar que el contrato de swap ha perdido su autonomía y que sus prestaciones deben ser asimiladas a intereses, de modo que las liquidaciones

negativas para el prestatario tengan la consideración de intereses y deban calificarse como créditos subordinados en el concurso.

«En la lista de acreedores presentada por la administración concursal de Inversora Autopistas de Levante S.L. (en lo sucesivo, IAL) figuraba Banco Santander S.A. (en lo sucesivo, Banco Santander) como titular de un crédito subordinado por importe de 1.061.168,40 euros.

2.-Banco Santander promovió incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores. En su demanda incidental, solicitaba que tal crédito fuese considerado como crédito contra la masa y, subsidiariamente, que pasase a figurar en los textos definitivos como crédito concursal ordinario.

Banco Santander basaba su pretensión de que el crédito fuera considerado como un crédito contra la masa en que el crédito en cuestión derivaba del contrato de cobertura de riesgos de tipos de interés (permuta financiera o swap de tipos de interés) que suscribió con la concursada el 30 de julio de 2004, amparado por un contrato marco de operaciones financieras (en lo sucesivo, CMOF). El crédito correspondía a la liquidación practicada al vencimiento de la operación, señalado para el 31 de diciembre de 2012. El concurso había sido declarado el 4 de diciembre de 2012.

Como sustento jurídico de sus pedimentos, Banco Santander alegó (i) que el contrato del que deriva el crédito es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo en que se declaró el concurso, con invocación de los artículos 61.2 y 84.2.6.º de la Ley Concursal, y (ii) que el citado contrato es un acuerdo de compensación contractual de los previstos en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (RDL 5/2005, en adelante) al que era aplicable lo establecido en el artículo 16.2 del mismo.

Asimismo, rechazó la asimilación de los flujos generados en virtud del contrato a intereses a efectos de clasificar el crédito generado como concursal subordinado, por lo que solicitó de modo subsidiario que, caso de no ser considerado como crédito contra la masa, fuera calificado como concursal ordinario.

3.-El Juzgado Mercantil dictó sentencia en la que desestimó las pretensiones de Banco Santander. Rechazó que el crédito pudiera ser considerado como

crédito contra la masa porque el régimen previsto en el RDL 5/2005 no resultaba de aplicación al caso, al no existir una pluralidad de operaciones financieras reguladas por el CMOF. Dado que el swap de tipos de interés no supone un sinalagma funcional según la doctrina jurisprudencial, el supuesto no encajaría en el artículo 61.2 de la Ley Concursal.

Sentado lo anterior, la sentencia confirmó la clasificación como subordinado con la que el crédito figuraba en la lista de acreedores, al entender que debía ser tratado del mismo modo que una deuda por intereses, por la vinculación del contrato de swap de tipos de interés con un préstamo a interés variable.

4.-Banco Santander recurrió en apelación la sentencia del Juzgado Mercantil. En su recurso, reiteró sus pedimentos iniciales.

La Audiencia Provincial estimó el recurso. Sobre la base de lo declarado en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 187/2014, de 2 de septiembre, consideró que el CMOF determinaba la aplicación de lo dispuesto en los arts. 5 y 16.2 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, conforme al cual, en caso de concurso, en tanto se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual resulta de aplicación el primer párrafo del artículo 61.2 de la Ley Concursal, por lo que el crédito resultante de la liquidación del swap es un crédito contra la masa.

5.-IAL ha interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que basa en dos motivos y que ha sido admitido.

SEGUNDO.-Formulación del primer motivo del recurso

1.-El primer motivo del recurso denuncia la infracción del art. 61.2, párrafo primero, de la Ley Concursal.

2.-Entre otros argumentos, IAL alega que el contrato de swap no es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes de los previstos en el art. 61.2 de la Ley Concursal; que no es aplicable la remisión al art. 61.2 de la Ley Concursal contenida en el párrafo segundo del art. 16.2 RDL 5/2005 porque, atendiendo al art. 5 del RDL, para que exista un acuerdo de compensación contractual al que sea aplicable dicho RDL es necesario que exista una pluralidad de operaciones financieras que estén afectadas por el acuerdo de compensación del que resulte una obligación única, mientras que en este caso solo se había confirmado una operación, el

contrato de swap, al que no era aplicable el régimen del RDL 5/2005.

3.-TDA 2017-2 Fondo de Titulización, que ha sustituido a Banco Santander en el recurso de casación, se ha opuesto al recurso. No solo ha alegado la procedencia de aplicar el régimen del RDL 5/2005, que remitiría al art. 61.2 de la Ley Concursal, sino que, incluso aunque se considerara que tal régimen no era aplicable, ha alegado que del mismo modo sería aplicable el art. 61.2 de la Ley Concursal al contrato de swap puesto que de él nacen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al declararse el concurso.

Por último, para el caso de que se estimara el recurso de IAL, ha alegado que en ningún caso el crédito concursal podría calificarse como subordinado, sino que sería ordinario.

TERCERO.-Decisión del tribunal. Inaplicación del régimen del RDL 5/2005 en el caso de que en el marco del CMOF solo se haya confirmado una operación. El crédito, posterior a la declaración de concurso, derivado de un contrato de swap no es un crédito contra la masa.

1.-La doctrina jurisprudencial vigente sobre la cuestión objeto del litigio es la contenida en las sentencias 629/2015, de 17 de noviembre, y 630/2015, de 18 de noviembre, a la que nos atendremos.

2.-En lo que aquí es relevante, en esas sentencias declaramos que la función primordial del acuerdo de compensación es doble: por un lado, permitir la compensación entre diferentes derivados contratados entre las mismas partes y, por el otro, permitir que se sujete a una regulación concursal especial. Ambas funciones tienen sentido y alcanzan su finalidad cuando el acuerdo de compensación comprende varios contratos de instrumentos financieros distintos. Pero pierde completamente su sentido cuando, como sucede en este caso, el acuerdo de compensación comprende un único derivado, puesto que entonces no habrá compensación posible.

3.-La ventaja más importante del acuerdo de compensación desde la perspectiva concursal es que la cláusula de terminación unificada liquida las posiciones en favor y en contra para todos los contratos y los compensa entre sí. Con ello elimina el riesgo de que la administración concursal pueda aceptar selectivamente los contratos favorables y desechar los perjudiciales.

Pero esto tiene sentido cuando el acuerdo de compensación acoge varias operaciones financieras distintas, y no cuando el acuerdo de compensación alberga un único derivado, puesto que entonces el acuerdo de compensación se limita a recoger las cláusulas de liquidación por compensación del propio swap, sin reparar en que el flujo de pagos de un swap no es un acuerdo de compensación contractual.

4.-Dijimos en esas sentencias que el presupuesto de aplicación del art. 16 del Real Decreto Ley 5/2005 ha de ponerse en relación con el art. 5 de la misma norma, de tal manera que se sometan al CMOF una pluralidad de operaciones financieras, cuyas respectivas liquidaciones están destinadas a ser compensadas para dar lugar a un saldo neto único, calculado conforme a las reglas establecidas en el acuerdo marco de compensación contractual.

Pero, al igual que ocurría en dichas sentencias, en el caso objeto del presente recurso de casación, la entidad acreedora no está haciendo valer el saldo neto, como obligación única, del producto de la liquidación de una pluralidad de operaciones amparadas en el contrato CMOF, y calculado conforme a lo establecido en él, sino, a efectos de clasificación de créditos, las liquidaciones resultantes de una única operación financiera, el contrato swap, que, conforme a lo expuesto, no cabe identificar sin más con el acuerdo de compensación al que se refieren los indicados arts. 5 y 16 del citado RDL.

Además, cuando se trata de una única operación, ni siquiera se trataría de una compensación stricto sensu, sino de una operación aritmética de liquidación o deducción (a veces llamada "compensación técnica") de un único contrato.

5.-Como conclusión, solo puede ampararse en la normativa especial constituida por el Real Decreto Ley 5/2005 aquel contrato normativo o acuerdo marco por el que «se cree una única obligación jurídica, que abarque todas las transacciones incluidas» entre la entidad de crédito y su contraparte [Anexo III, Parte 7 a), de la Directiva 2006/480/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición)].

6.-Una vez sentado que no es aplicable la remisión al art. 61.2 de la Ley Concursal prevista en el art. 16 del Real Decreto Ley 5/2005, tampoco puede aceptarse la alegación de Banco Santander, hoy TDA 2017-2 Fondo de Titulización, de que incluso sin la aplicación de tal

RDL, el crédito que resulta a su favor de la liquidación del contrato de swap, posterior a la declaración del concurso, es un crédito contra la masa por aplicación del citado art. 61.2 de la Ley Concursal, por ser el swap un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte.

7.-Esta cuestión ha sido abordada en varias sentencias de este tribunal, entre otras, las citadas sentencias 629 y 630/2015.

En ellas afirmamos que el swap no es un contrato que produzca obligaciones recíprocas entre las partes sino obligaciones para una sola de las partes en cada una de las liquidaciones previstas, sin perjuicio de que el riesgo sea bilateral y por la aleatoriedad propia de tal contrato puede que la parte para la que surgen obligaciones no sea la misma en todas las liquidaciones.

Por tal razón, se fijó como doctrina jurisprudencial la consistente en que "los créditos derivados de contratos de permuta financiera en que el deudor se encuentre en concurso son créditos concursales y no contra la masa, con independencia de que se hayan devengando antes o después de la declaración de concurso".

8.-Lo expuesto anteriormente determina que el primer motivo del recurso de casación deba ser estimado y la sentencia de la Audiencia Provincial casada, lo que hace innecesario entrar a analizar el segundo motivo de casación.

CUARTO.-Asunción de la instancia. Los créditos derivados de las liquidaciones de un swap de intereses no son por tal razón créditos subordinados en el concurso.

1.-Al casar la sentencia de la Audiencia Provincial hemos de asumir la instancia para resolver la impugnación que se formuló en el recurso de apelación de forma subsidiaria, en la que la Audiencia no entró al haber estimado la impugnación principal.

Esta impugnación subsidiaria iba dirigida contra la calificación del crédito derivado de la última liquidación del swap de intereses como crédito concursal subordinado. El Juzgado Mercantil realizó esa calificación tomando en consideración la función del swap de intereses vinculado a una operación de crédito, pues consideró que la liquidación del swap de la que resultaba un crédito contra la concursada

estaba íntimamente relacionada con los intereses devengados por la operación de crédito. Al tener los intereses la consideración de crédito concursal subordinado, también debía tenerlo la liquidación del swap de intereses vinculado al crédito.

2.-Esta impugnación debe ser estimada. No puede afirmarse que el crédito derivado de las liquidaciones de un contrato de swap de intereses, a cargo de la concursada que ha concertado dicho contrato para garantizar su posición económica ante las modificaciones que pueda sufrir el interés variable pactado en un contrato de préstamo o crédito, sea un crédito por intereses al que sea aplicable el art. 92.3 de la Ley Concursal.

La función del contrato de permuta financiera de tipos de interés relacionado con otro contrato de préstamo o crédito en que se pactaron intereses a un tipo variable no es propiamente sustituir el pacto de intereses sino garantizar la posición económica de las partes ante las modificaciones que el tipo de interés pueda experimentar durante la vigencia del contrato.

Pero que la causa del contrato de swap de intereses vinculado a un contrato de préstamo o crédito a interés variable sea la reducción del riesgo de subida o bajada del tipo de interés no significa que las liquidaciones negativas para el prestatario tengan la consideración de intereses y merezcan la calificación de crédito subordinado en el concurso. Ni la suscripción del contrato de swap altera las prestaciones propias del préstamo o del crédito a interés variable ni la firma del préstamo o crédito supone alteración alguna de las prestaciones del swap. Aun cuando el motivo por el que se concertó el swap de intereses esté relacionado con la suscripción de otro contrato que obligue al pago de intereses variables, ello no es razón suficiente para estimar que el contrato de swap ha perdido su autonomía y que sus prestaciones deben ser asimiladas a intereses».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1913/2015] DE 28 DE MAYO DE 2018 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Contrato de préstamo con garantía hipotecaria: nulidad de la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés por causar un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes y no haber sido informados debidamente la sociedad prestataria y los fiadores de las consecuencias de su inclusión. El control de transparencia excluye que, en contratos en los que el adherente sea un consumidor,

pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula. El control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, que están reservados a los contratos celebrados con consumidores.- Ante dos relaciones jurídicas diferentes (préstamo y fianza) se impone un análisis diferenciado de cada relación jurídica y respecto de cada sujeto contratante. Respecto del contrato de préstamo, no habrá una relación de consumo si la prestataria es una sociedad mercantil que per se tiene ánimo de lucro y el contrato se concierta en el marco de su actividad empresarial -v. gr., para obtener financiación del circulante de la empresa-. En cuanto a la fianza habrá que atender a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional. En el caso de personas físicas garantes de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, el juez debe determinar si actuaron en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantienen con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuaron con fines de carácter privado.

«El 14 de mayo de 2010 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre la compañía mercantil Hermanos Arias Expósito S.L. y la Caixa de Aforros de Vigo, Ourense e Pontevedra Caixanova (posteriormente, Novagalicia Banco S.A., y en la actualidad Abanca Corporación Bancaria S.A.), por importe de 100.000 €, con plazo de vencimiento quince años y destinado a financiación del circulante de la empresa.

Para la primera anualidad se pactó un interés fijo del 5,8% y para los periodos anuales sucesivos, un interés variable de Euribor más tres puntos. Asimismo, se incluyó una cláusula (3ª bis e) con el siguiente tenor literal: «No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) ni superior al quince por ciento (15%)».

En el contrato de préstamo intervinieron como fiadores solidarios D. Cesar, D. Victorio, D. Elias, D.ª Rosaura y D. Gaspar.

2.-La compañía mercantil Hermanos Arias Expósito S.L. fue constituida, mediante escritura pública de 11 de junio de 1991, por D. Gaspar, D. Elias, D. Victorio y D. Cesar. Cada uno de ellos suscribió el 25% del capital social. D. Gaspar y D. Elias eran administradores solidarios de la sociedad cuando se firmó el préstamo.

3.-Hermanos Arias Expósito S.L. y los mencionados fiadores (a excepción de D. Victorio, que había fallecido previamente) formularon una demanda contra la entidad bancaria, en la que solicitaron la nulidad de la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés, por causar un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes y no haber sido informados debidamente la prestataria y los fiadores de las consecuencias de su inclusión. Así como que se condenara a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas.

4.-Previa oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró nula la cláusula controvertida por no superar los controles de incorporación y transparencia, y desestimó el resto de pretensiones.

5.-Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia por la entidad financiera demandada, la Audiencia Provincial lo desestimó, por las siguientes y resumidas consideraciones: (i) la cláusula litigiosa es una condición general de la contratación; (ii) adolece de falta de claridad, transparencia y sencillez, al estar oculta entre una maraña de datos, por lo que no supera el control de incorporación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.-Único motivo de infracción procesal. Irracionalidad en la valoración de la prueba. Planteamiento:

1.-Abanca plantea un único motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4º LEC, por infracción del art. 24 CE.

2.-En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida hace una valoración irrazonable de la prueba, porque llega a una conclusión apodíctica, consecuencia de la confusión entre el control de incorporación y el control de transparencia, a fin de acabar aplicando

indebidamente el control de transparencia a un contrato que no era de consumo.

Decisión de la Sala:

1.-En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

2.-Lo que se impugna no es propiamente una conclusión fáctica, ni una valoración probatoria, sino una valoración jurídica, relativa a si una determinada cláusula de un contrato supera o no los requisitos legales de incorporación de las condiciones generales de la contratación. Cuestión de orden sustantivo que habrá de ser tratada en el recurso de casación, pero es ajena al recurso extraordinario por infracción procesal.

3.-Como consecuencia de lo expuesto, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación

TERCERO.-Primer motivo de casación. Improcedencia del control de abusividad o contenido respecto de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. Planteamiento:

1.-El primer motivo de casación, por el cauce del art. 477.1º LEC, denuncia la infracción de las normas sustantivas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCGCU) mediante las que se traspuso al Derecho español la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y, en particular, el art. 8.2 LCGC. Así como la jurisprudencia que excluye expresamente que el control de contenido pueda realizarse respecto de condiciones generales que afectan a los elementos esenciales del contrato, como es el precio.

2.-En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que tanto la Directiva 93/13/CEE, como el art. 8.2 LCGC, impiden que pueda realizarse control de contenido sobre las condiciones generales de la contratación que afectan a los elementos esenciales del contrato, como es el precio, y así ha sido reconocido sin fisuras por las sentencias del

Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 22 de abril de 2015.

Decisión de la Sala:

1.-Las alegaciones contenidas en el motivo son formalmente correctas. Es cierto que, tanto conforme a la propia dicción de la Directiva 93/13/CEE (art. 4.2) y del art. 8.2 LCGC, como a la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, no es posible hacer un control de contenido sobre las condiciones generales de la contratación que regulan los elementos esenciales del contrato (precio y prestación).

2.-Sin embargo, tales alegaciones resultan inútiles a los efectos que nos ocupan, desde el mismo momento en que la sentencia recurrida en ningún momento hace un control de contenido de la cláusula suelo controvertida, sino que únicamente hace un control de incorporación. Cosa distinta es que dicho control de incorporación sea correcto y se haya adaptado a las previsiones legales, pero ello es ajeno a este concreto motivo de casación que, por ello, ha de ser desestimado.

CUARTO.-Segundo motivo de casación. El control de incorporación de las condiciones generales de la contratación. Planteamiento:

1.-En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 5.5 y 7 b) LCGC y la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

2.-En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la parte demandante, al ser una sociedad mercantil, no tiene la cualidad legal de consumidora, por lo que en el contrato no puede realizarse un control de transparencia, sino únicamente de incorporación. Y para eludir dicha imposibilidad legal, la sentencia recurrida, bajo la apariencia de realización de un control de incorporación, realiza realmente un control de transparencia cualificado.

Decisión de la sala :

1.-El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías

de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato.

2.-La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5 para establecer los requisitos de incorporación; y en el art. 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

Conforme al art. 5, en lo que ahora importa:

a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.

b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del art. 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:

a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera necesario conforme al art. 5.

b) Sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

3.-En la práctica, se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC; y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo, consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

4.-Pues bien, la cláusula litigiosa sí supera el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción. Se encuentra dentro de un epígrafe específico de la escritura pública, titulado «Tipo de interés aplicable», en un apartado propio, en el que los límites a la variabilidad del tipo de interés se resaltan en letra negrita. Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC.

La sencillez y claridad exigible a la cláusula depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual. Si hay que prever unas condiciones para las distintas fases del contrato o hacer previsiones para el caso de que dejen de publicarse los índices de referencia, etc., no puede exigirse la sencillez y claridad de las condiciones generales de otros contratos más simples (por ejemplo, algunas compraventas). La exigencia de claridad y sencillez en las condiciones generales no puede determinar que las relaciones contractuales pierdan matizaciones o complejidad, salvo casos patológicos de complejidad innecesaria buscada para provocar confusión en el adherente. Sino que lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual.

5.-Lo que la sentencia recurrida hace no es realmente un control de incorporación, sino un control de transparencia, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, pues al incidir en que la cláusula está enmascarada entre una multiplicidad de datos, lo que dificulta su efectivo conocimiento y comprensión de su alcance por el adherente, a lo que se está refiriendo es a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación. Lo que es ajeno al control de incorporación y propio del control de transparencia.

El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

Como venimos diciendo hasta la saciedad, el control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

6.-Como resultado de lo expuesto, este motivo de casación debe ser estimado, con las consecuencias que se dirán una vez analizado y resuelto el tercer motivo de casación.

QUINTO.-Tercer motivo de casación. El control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. Contratos de garantía. Distinto tratamiento según el garante sea o no consumidor, aunque garantice una operación empresarial. Planteamiento :

1.-El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 5.5 y 7 b) LCGC, en relación con los arts. 80 a 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU).

2.-En el desarrollo del motivo se aduce, sintéticamente, que la jurisprudencia de esta sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios no pueden ser sometidas al control de transparencia, que está reservado a contratos en que el adherente es un consumidor.

Decisión de la Sala:

1.-El ya referido control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores. Este tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; y 8/2018, de 10 de enero; en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores. Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos.

2.-En este caso no puede hacerse una afirmación unívoca sobre si el contrato se celebró o no con consumidores, porque hay dos relaciones jurídicas diferentes (préstamo y fianza) y porque hay pluralidad de contratantes, lo que impone un análisis diferenciado.

Respecto del contrato de préstamo, no cabe duda alguna de que no es una relación de consumo, porque la prestataria fue una sociedad mercantil que, per se tiene ánimo de lucro (art. 116 CCom), y se concertó en el marco de su actividad empresarial (para obtener financiación del circulante de la empresa), por lo que no encaja en los supuestos previstos en el art. 3 TRLGCU.

Más complejo resulta el contrato de fianza. En un supuesto como este, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C- 74/15 , Tarcãu), estableció que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad

profesional, como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva. Señala el TJUE que dicha «[p]rotección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor ya que tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero, comportando para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar » (apartado 25).

A continuación, el TJUE explica, con cita de la sentencia Dietzinger (STJCE de 17 de marzo de 1998), que, si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente «ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal». En consecuencia, concluye el Tribunal que la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza (apartado 26).

Con lo cual resuelve el ATJUE que: «los artículos 1, apartado 1 , y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad».

La doctrina del ATJUE de 19 de noviembre de 2015 fue reiterada por el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15, Dumitras), en un supuesto de garantía inmobiliaria (hipoteca), al decir en su fallo: «Los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida

entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente».

3.-En estas resoluciones, el TJUE excluye la condición de consumidor cuando, aun actuando al margen de una actividad empresarial o profesional, se tiene un «vínculo funcional» con el contratante profesional; es decir, no se es del todo ajeno al aspecto profesional o empresarial de la operación.

La cuestión radica, pues, en concretar, respecto de cada uno de los fiadores intervinientes en el contrato litigioso, si tenían vinculación funcional o no con la sociedad deudora principal.

Sobre la caracterización de ese vínculo funcional, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015, ya citado, ofrece una primera aproximación, al decir en su apartado 29 (reproducido posteriormente en el ATJUE de 14 de septiembre de 2006, § 34): «De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado».

4.-Con el término «gerencia» que utiliza el TJUE debemos entender cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que, en cualquier modalidad de sistema de administración, quien participa directamente en la toma de decisiones de la empresa tiene vínculo funcional con ella. Es decir, a estos efectos, todos los administradores, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores. Así se deduce del propio ATJUE de 14 de septiembre de 2006, caso Dumitras, que, además, hace extensiva la vinculación funcional del administrador social al socio único.

En consecuencia, D. Gaspar y D. Elias, en su condición de administradores sociales de la prestataria, tienen vínculo funcional con ella y no pueden ser tratados como consumidores.

5.-Más problemática es la cuestión cuando no se trata de administradores, sino de socios con «participación significativa en el capital social».

Más allá de engorrosas magnitudes puramente numéricas o porcentuales que, además, en nuestro Derecho interno son divergentes según recurramos al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (por ejemplo, art. 151), al Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (arts. 174 y 175), o a la Ley Concursal (art. 93.2.1º), lo determinante a estos efectos será, o bien que el socio tenga una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, de facto, su voluntad y la del ente social coincidan, o bien que el socio en cuestión tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza, puesto que el TJUE utiliza el concepto de actividad profesional o vinculación funcional con la empresa en contraposición con las actividades meramente privadas (por todas, STJUE de 25 enero de 2018, asunto C-498/16).

Y en el caso que nos ocupa, aparte de que los fiadores Sres. Gaspar Elias Cesar tenían un porcentaje relevante del capital social de la sociedad prestataria (un 25% cada uno), debe tenerse en cuenta la finalidad del préstamo, que fue la financiación del activo circulante de la empresa, por lo que los socios que tenían esa participación también tenían responsabilidad en su infra-capitalización.

Así como que la prestataria es una sociedad cerrada, mediante la que parte de los socios desempeñaban su propia actividad profesional.

Como consecuencia de lo cual, debe concluirse que los socios fiadores también tenían vinculación funcional con la empresa prestataria.

6.-Por último, la fiadora Sra. Rosaura no consta que fuera socia ni administradora, por lo que no cabe apreciar el tan citado vínculo. En consecuencia, únicamente en cuanto a ella deben confirmarse las sentencias de instancia, en el sentido de declarar la ineficacia de la cláusula suelo respecto de esta fiadora. Mientras que, respecto del resto de fiadores, debe estimarse también este motivo de casación.

Sin que proceda hacer pronunciamiento alguno sobre devolución o restitución de cantidades, porque no consta que la fiadora exonerada de la cláusula haya abonado nada por su aplicación.

SEXTO.-Consecuencias de la estimación del recurso de casación

La estimación de los motivos segundo y tercero de casación conlleva la estimación en parte del recurso de apelación y la estimación de la demanda únicamente en lo que respecta a D^ª. Rosaura, en los términos ya expuestos, así como la desestimación del resto de pretensiones».