

## Jurisprudencia

# Reseña jurisprudencial e-Dictum 83

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

### TRIBUNAL SUPREMO

#### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1533/2016] DE 17 DE OCTUBRE DE 2018 [Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas]

*Contrato de compraventa. Calificación de las arras establecidas en el contrato: arras penitenciales, que posibilitan el desistimiento, o arras confirmatorias, que representan un principio de ejecución. En las primeras es preciso acreditar que la intención de los contratantes era pactar las arras para el caso de desistimiento del comprador.*

«El origen del procedimiento se sitúa en la demanda interpuesta por D. Cesáreo contra Construcciones Zerreitug, en ejercicio de acción de reclamación de cantidad, por importe de 841.846,64 euros, en concepto de cumplimiento del contrato de compraventa celebrado entre ambas partes. La parte demandada formuló reconvencción por la que solicitó que se declare resuelto el contrato, por desistimiento del comprador al considerar que la cantidad de 240.404,84 euros entregada a la firma del contrato fue en concepto de arras, debiendo el vendedor devolver 721.214,52 euros entregados a cuenta del precio.

Subsidiariamente, solicita que se declare la resolución del contrato por imposibilidad de cumplimiento por parte del comprador ante circunstancias sobrevenidas, reteniendo el vendedor 240.404,84 euros entregados en concepto de arras con restitución de las otras cantidades entregadas a cuenta del precio.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción al considerar que la cantidad entregada al inicio del contrato lo fue en concepto de arras, con facultad de desistimiento del comprador, debiendo el vendedor restituir el resto de las cantidades entregadas a cuenta del precio más intereses.

Contra esta sentencia formuló recurso de apelación la parte actora, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Córdoba al considerar que las arras entregadas eran meramente confirmatorias, como parte del precio, pero sin otorgar facultad de desistimiento del contrato.

El procedimiento se ha tramitado por cuantía superior a 600.000 euros, por lo que su acceso a la casación ha de ser por la vía del art. 477.2.2.º LEC.

La parte recurrente ha formulado recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurso de casación contiene un único motivo en el que se denuncia infracción del art. 1.454 CC en relación con la calificación de las arras en la sentencia de apelación.

El recurso extraordinario por infracción procesal contiene dos motivos. En el primero se denuncia la oposición de la sentencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la valoración de la prueba realizada en primera instancia, donde la cláusula contractual controvertida fue calificada como arras penitenciales o de desistimiento. El segundo motivo denuncia indefensión al no haberse señalado vista por parte de la Audiencia Provincial y sin embargo, entró a valorar la pretensión alternativa formulada en el suplico de la demanda reconvenzional sin que se hubiera pronunciado la sentencia de primera instancia ni el recurso de apelación, así como tampoco el escrito de oposición al recurso, con infracción del art. 465.5 LEC.

La cláusula controvertida del contrato de compraventa establece:

«CUARTA. - Forma de pago:

»En este acto el vendedor recibe la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS CUATRO EUROS CON OCHENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (240.404,84 euros), como arras y parte del precio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.454 del Código civil, a su entera satisfacción, sirviendo la firma del presente contrato como la más eficaz carta de pago».

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. - Motivo primero.

Motivo primero. - Oposición en la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la valoración de la prueba realizada en primera instancia.

Debe desestimarse, en cuanto no cita precepto alguno en que basar la pretendida infracción (art. 470.2 LEC).

TERCERO. - Motivo segundo.

Motivo segundo. - La sentencia recurrida analiza en el fundamento jurídico sexto la pretensión alternativa que se

formuló en el suplico de la demanda reconvenional. La sentencia de primera instancia no entró a considerar esta cuestión al admitir la primera de las pretensiones. En el recurso de apelación no se hace referencia a esta cuestión y, en consecuencia, tampoco en el escrito de oposición al recurso se hace, si bien durante el desarrollo del juicio oral se alegó por ambas partes sobre la cuestión. En el recurso de apelación no se celebró vista. Puede estimarse que se ha producido indefensión de las partes al no haberse señalado vista, ya que la sentencia de la Audiencia Provincial se extralimita y vulnera el contenido del art. 465-5 de la LEC.

#### CUARTO. - Decisión de la sala.

Este motivo debe desestimarse, pues como se deduce de su encabezamiento se argumenta en base a cuestiones sustantivas, no procesales, como la imposibilidad sobrevenida, en relación con el cumplimiento del contrato (art. 469 LEC).

Recurso de casación.

#### QUINTO. - Motivo único.

Motivo único.- Se denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 1.454 del Código Civil, en relación con la calificación de las arras establecidas en el contrato de compraventa entre las partes; en la estipulación 5.ª del contrato de compraventa entre las partes de 11 de diciembre de 2007 (doc. 3 de la demanda reconvenional) se estableció: «en este acto el vendedor recibe 240.404,84.-€, como arras y parte del precio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.454 del Código Civil».

SEXTO. - Diferencia entre arras penitenciales que posibilitan el desistimiento y las arras confirmatorias.

Se desestima el motivo.

Dada la redacción de la cláusula contractual referente a las arras, transcrita en el primer fundamento de derecho, el juzgado de primera instancia las consideró arras penitenciales (es decir, que el comprador se aquietaba a la pérdida de las arras, al desistir del contrato), dada la referencia que se hacía en la cláusula al art. 1.454 del C. Civil, por lo que el demandante y vendedor retenía 240.408,84 euros que se habían entregado como señal, y tenía que devolver 721.214,52 euros, que había recibido como pagos a cuenta, más intereses legales, mientras que el comprador no tenía que hacer frente al resto de los pagos pendientes hasta 1.803.036 (precio íntegro de la compraventa) y se conformaba con la pérdida de la señal o arras entregadas (240.408,84 euros).

Por el contrario la Audiencia Provincial declaró que las arras eran confirmatorias, es decir entregadas como mera garantía o prueba de la operación y como parte del precio, declarando que la mención en la cláusula al art. 1.454 del C. Civil no era suficiente para considerarlas arras penitenciales, pues para nada se refería el contrato al desistimiento, debiendo interpretarse la cláusula restrictivamente.

Esta sala ha declarado en sentencia 581/2013, de 26 de septiembre (RJ 2013, 6402), que:

«No se discute que sean confirmatorias, pues todas las arras lo son, al acreditar la perfección del contrato de compraventa y que las simplemente confirmatorias constituyen una señal o parte del precio (sentencias de 4 marzo 1996 y 17 octubre 1996). Tampoco son arras penales que tienen naturaleza de cláusula penal y así lo expresan las sentencias del 25 octubre 2006, 27 octubre, uno de diciembre de 2011, en estos términos:

» La calificación de esta cláusula es clara: es una cláusula penal que se impone a la vendedora, caso de que incumpla y no entregue el inmueble libre de ocupantes. Se puede calificar de arras penales que no son sino una cláusula penal, por la que la parte puede exigir el cumplimiento de la obligación y sólo en caso de incumplimiento, exigir que se ejecute dicha cláusula; en ningún caso aparece formulada como las arras de desistimiento que prevé el art. 1.454 del Código Civil.

» Se trata de la clásica y exacta definición de las arras penitenciales, que no llevan a otra cosa que a la obligación facultativa: puede cumplir o pagar lo pactado, como opción del deudor. Así se pronuncian las sentencias del 24 octubre 2002, 24 marzo 2009, 29 junio 2009.

» Ante la imposibilidad de dar un concepto unitario de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades de ellas: a) Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. b) Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. c) Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada. Esta última es la finalidad reconocida por el artículo 1.454. Siendo doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras o señal que, como garantía permite el artículo 1.454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquél sentido, según declararon las sentencias de 24 de Noviembre de 1926, 8 de Julio de 1945, 22 de Octubre de 1956, 7 de Febrero de 1966 y 16 de Diciembre de 1970, entre otras, debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado (sentencia de 10 de Marzo de 1986).

» Estas arras son las que contempla el artículo 1.454. El deudor cumple o no, sin que conste ni interese la posible voluntad de incumplimiento, ni la culpabilidad, ni la imposibilidad».

Para llegar a esta conclusión, esta sala calificaba las arras penitenciales, en la mencionada sentencia 581/2013, partiendo de la siguiente cláusula:

«Por tanto la cantidad entregada antes de la firma de la escritura pública es de 580.900.-€ que serán entregadas en

concepto de arras, según lo estipulado en el artículo 1.454 del Código Civil, es decir en caso de que la parte compradora desista perderá íntegramente las arras entregadas, y si fuera la parte vendedora, las devolverá duplicadas».

En el mismo sentido las sentencias 485/2014, de 23 de septiembre (RJ 2014, 4958), y 507/2018, de 20 de septiembre (JUR 2018, 249977).

Es decir, procede desestimar el motivo y confirmar la resolución recurrida, dado que la mera mención al art. 1.454 del C. Civil, no expresa con claridad cuáles son las obligaciones que contraen las partes, por lo que al ser una variedad de arras de interpretación restrictiva habría sido preciso acreditar que la intención de los contratantes era pactar las arras para el caso de desistimiento del comprador, lo cual no se deduce del texto de la cláusula, cuando en los supuestos referidos en las dos sentencias antes mencionadas se reconoció el carácter de arras penitenciales, porque las partes así lo hicieron constar expresamente en la redacción del contrato, con mención expresa al supuesto de desistimiento, no contando la sala, en este caso, con otro medio probatorio o de interpretación de la voluntad de las partes».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1005/2015] DE 17 DE OCTUBRE DE 2018 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

*Procedimiento de ejecución: oposición. Aplicabilidad de los efectos de la cosa juzgada del auto que resuelve la oposición a la ejecución. Que el auto en el que se resuelva la oposición a la ejecución basada en la existencia de cláusulas abusivas tenga fuerza de cosa juzgada afecta a ambas partes. En este caso, el auto firme que resolvió el incidente de oposición a la ejecución y declaró el carácter abusivo de la cláusula tendría efectos de cosa juzgada positiva en el posterior proceso declarativo que el consumidor entablara para lograr la restitución completa de las cantidades indebidamente cobradas, de modo que no podría volver a discutir el carácter abusivo de esa cláusula.*

«Los hoy demandantes, D.ª Dolores y D. Luis, suscribieron, en calidad de fiadores, el contrato de préstamo hipotecario suscrito por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, en la actualidad Kutxabank S.A., como prestamista, D. Balbino, como prestatario e hipotecante, y D.ª Sonsoles, como prestataria no hipotecante. El contrato se firmó el 10 de abril de 2007.

2.- La cláusula décima del contrato tenía el siguiente contenido: «Se constituyen en fiadores de la parte prestataria D.ª Dolores y D. Luis. Los afianzadores o garantizadores de la presente operación, por sí y por sus herederos, en su caso, responden del cumplimiento de todas las obligaciones contraídas por el prestatario en virtud del contrato, y de las consecuencias de aquellas y de éste, relevan a Kutxa de toda obligación de notificación por falta

de pago del deudor afianzado y renuncian expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción determinado en el artículo 1.851 del Código Civil que legalmente les pudiera asistir por su condición de fiadores. El aval aquí regulado estará sujeto a las mismas estipulaciones que la operación principal, en tanto en cuanto le sean de aplicación».

3.- Kutxabank S.A., en tanto que sucesora de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, interpuso demanda de ejecución de título no judicial contra D.ª Dolores y D. Luis, sin haberse dirigido previa o simultáneamente contra los prestatarios y sin haber instado la ejecución del bien ejecutado.

4.- En el mencionado proceso de ejecución, D.ª Dolores y D. Luis formularon oposición por la causa prevista en el art. 557.1. 7.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al amparo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. La oposición se basaba en la existencia de varias cláusulas abusivas en el contrato constitutivo del título que se ejecutaba, como eran las referidas al tipo de interés de demora (sexta), vencimiento anticipado (sexta bis), liquidación unilateral de la deuda (séptima), renuncia por el prestatario a la notificación de la cesión del crédito (octava), pacto de compensación (novena), renuncia por los fiadores a los beneficios de orden, división, excusión y extinción (décima) y obligación del deudor de disponer de un seguro (undécima).

5.- El Juzgado de Primera Instancia que conocía del proceso de ejecución dictó un auto el 13 de enero de 2014 cuya parte dispositiva acordó: «Estimar parcialmente la oposición formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Kintana Martínez, en nombre y representación de Doña Dolores y Don Luis, declarando nula por abusiva la cláusula Sexta bis referida a "intereses de demora" del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 10 de Abril de 2007, ordenando procedente seguir adelante la presente ejecución conforme al Auto de 30 de marzo de 2012, por la cantidad de 51.996,01 euros de principal más los intereses previstos en los arts. 1101 y 1108 del C.C, más 15.598,80 euros, calculados provisionalmente para intereses y costas de la ejecución».

6.- D.ª Dolores y D. Luis no solicitaron complemento de dicho auto e interpusieron recurso de apelación contra el mismo. En el recurso de apelación solicitaron exclusivamente que, una vez declarada nula la cláusula referida a los intereses moratorios, debían deducirse los intereses moratorios aplicados y cobrados durante la vigencia del contrato y el mismo criterio debía seguirse respecto de la cláusula de comisiones por posiciones deudoras aplicada durante la vida del préstamo, y como consecuencia de la declaración de nulidad de ambas cláusulas, los cálculos realizados para emitir la certificación de la deuda eran erróneos y daban lugar a la pluspetición, por lo que la respuesta procesal debía ser el sobreseimiento del proceso.

La Audiencia Provincial resolvió el recurso de apelación mediante auto de 20 de mayo de 2014.

7.- D.ª Dolores y D. Luis interpusieron el 10 de febrero de 2014 la demanda que dio origen al proceso en el que se ha planteado este recurso. En la demanda solicitaban que se declarara nula la cláusula décima, relativa al afianzamiento, en cuanto que contenía una renuncia a los derechos de los consumidores adherentes que les convertía en deudores solidarios.

8.- Kutxabank, en la contestación a la demanda y en la audiencia previa, celebradas antes de que la Audiencia Provincial dictara el auto que resolvió el recurso de apelación interpuesto en el proceso de ejecución contra el auto que solo estimaba la abusividad de la cláusula de intereses de demora, opuso la excepción de litispendencia y se opuso a la demanda por razones de fondo.

9.- El Juzgado Mercantil dictó una sentencia el 30 de septiembre de 2014 en la que no se pronunció sobre la excepción de litispendencia y estimó la demanda.

10.- Kutxabank interpuso un recurso de apelación contra esa sentencia. La Audiencia Provincial resolvió ese recurso en una sentencia dictada el 14 de enero de 2015 en la que estimó la excepción de cosa juzgada, por lo que revocó la sentencia de primera instancia.

11.- D.ª Dolores y D. Luis han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal basado en cinco motivos y un recurso de casación basado en un motivo. En su escrito de recurso, los recurrentes han solicitado que se plantee cuestión prejudicial ante el TJUE sobre esta cuestión.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. - Formulación de los motivos primero a tercero.

1.- En el encabezamiento de estos motivos se alega la vulneración de los arts. 222.1, 557.1. 7.º y 561.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 24 de la Constitución.

2.- En el desarrollo de estos motivos se alega que no existe cosa juzgada porque no puede predicarse la misma más que de sentencias, pero no de autos, como fue el que resolvió la oposición a la ejecución.

Los recurrentes alegan también que no concurre la triple identidad exigida para que pueda apreciarse la cosa juzgada porque quien instó la ejecución hipotecaria fue la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián mientras que la demanda de nulidad se ha instado frente a Kutxabank S.A. Y aunque la causa de pedir es la misma (el carácter abusivo de la cláusula de afianzamiento), la pretensión es diferente, puesto que en el incidente de oposición se solicitó que se acordara la improcedencia de la ejecución, el archivo del proceso de ejecución y el

alzamiento de los embargos, por ser lo único que podía solicitarse con arreglo al art. 561.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que en el proceso declarativo se solicitó la declaración de nulidad de la cláusula, conforme al art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Según los recurrentes, los arts. 557.7 y 561.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permiten las declaraciones de nulidad sino tan solo la improcedencia de la ejecución por existir cláusulas abusivas, por lo que no existe cosa juzgada. TERCERO. - Decisión del tribunal: aplicabilidad de los efectos de la cosa juzgada del auto que resuelve la oposición a la ejecución.

1.- Este tribunal, en su sentencia 462/2014, de 24 de noviembre, ha considerado que el auto previsto en el art. 561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que resuelve el incidente de oposición a la ejecución tiene efectos equivalentes a la cosa juzgada de las sentencias firmes respecto de las cuestiones susceptibles de ser planteadas en dicho proceso de ejecución. Y que en el caso de que, pudiendo haber sido planteadas en el incidente de oposición, por estar prevista como causa de oposición en el art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no lo fueran, precluye la posibilidad de que el ejecutado plantee la cuestión en un proceso declarativo posterior, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con su art. 222.

2.- Por esa misma razón, la sentencia 526/2017, de 27 de septiembre, negó que existiera cosa juzgada respecto de un posterior proceso declarativo cuyo objeto era la declaración de nulidad, por abusivas, de varias cláusulas de un préstamo con garantía hipotecaria porque en el previo proceso de ejecución hipotecaria no fue posible oponer la existencia de cláusulas abusivas pues todavía no había entrado en vigor la ley 1/2013, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil y previó como causa de oposición a la ejecución, tanto en la ejecución ordinaria de título no judicial como en la ejecución hipotecaria, la existencia de cláusulas abusivas.

3.- Y también por esa razón se ha considerado que el auto que, conforme a lo previsto en el art. 561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resuelve la oposición a la ejecución, debe considerarse efectivamente como una resolución firme que, por tener efectos equivalentes a la cosa juzgada de las sentencias firmes, puede ser objeto de una demanda de revisión. Así lo declaramos en el auto de 19 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS: 2017:12106A).

4.- Concurren las tres identidades exigidas para apreciar la concurrencia de cosa juzgada. Las partes son las mismas, pues los propios demandantes admitieron en su demanda que Kutxabank es la sucesora de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián. De no ser así, no tendría sentido que hubieran dirigido la demanda contra Kutxabank para que se declarara

la nulidad de una cláusula de un contrato concertado con la citada Caja de Ahorros.

No es obstáculo para la apreciación de la cosa juzgada la posición que las partes mantenían en uno y otro proceso. En primer lugar, porque desde antiguo, la jurisprudencia (sentencias 11 de marzo de 1985 y 3 de noviembre de 1993) «vino a destacar que la intrínseca entidad material de una acción (determinada por sus elementos subjetivos, objetivos y causales) permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal, a cuyo efecto se viene negando toda relevancia innovadora a la posición de las partes enfrentadas, y otro tanto cabe decir de las correlativas formulaciones, positivas o negativas de que la acción ejercitada sea susceptible».

En segundo lugar, porque, aunque en el proceso de ejecución los hoy demandantes tuvieran la posición de ejecutados, en el incidente de oposición a la ejecución esa posición pasiva pasa a ser activa, pues son ellos los que promovieron el incidente y alegaron la existencia de las cláusulas abusivas como causa de su oposición, al igual que han hecho en la demanda que inicia el juicio declarativo.

5.- La causa de pedir, como reconocen los propios recurrentes, es también la misma: el carácter abusivo de la cláusula de afianzamiento por establecer una renuncia de los fiadores a los derechos de orden, excusión, división y extinción.

6.- En ambos casos, tanto en la oposición a la ejecución como en la demanda del juicio declarativo, se está solicitando al tribunal que se enjuicie la abusividad de la cláusula. La consecuencia de que el tribunal aprecie que la cláusula es abusiva es que la misma es nula y ha de tenerse por no puesta. Por ello, el tribunal que conozca de la ejecución en la que se haya opuesto la abusividad de esa cláusula la tendrá por no puesta y aplicará las consecuencias que correspondan en el proceso de ejecución, «decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas», según cuál sea la cláusula considerada abusiva.

7.- En el presente caso, si en el anterior proceso de ejecución el tribunal hubiera admitido la abusividad de la cláusula de afianzamiento y, por tanto, la nulidad de esta, la consecuencia habría sido necesariamente la improcedencia de la ejecución, puesto que la nulidad de la cláusula de afianzamiento impediría el despacho de ejecución contra los fiadores.

8.- Se trata por tanto de pretensiones homogéneas por cuanto que, si bien los hoy recurrentes se han abstenido de realizar formalmente otra petición que no sea la declaración de nulidad absoluta de la cláusula de afianzamiento, la lectura de la demanda muestra con claridad que anudan a dicha nulidad la improcedencia de haber sufrido el proceso de ejecución pese a que la acreedora no se haya dirigido contra el prestatario ni haya ejecutado la hipoteca, lo que

por otra parte es la consecuencia lógica de una declaración de nulidad, por abusiva, de esa cláusula de afianzamiento.

CUARTO. - Formulación del motivo cuarto.

1.- En el encabezamiento del cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia la infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que consagra la exigencia de motivación y congruencia de las resoluciones judiciales.

2.- La infracción se habría cometido porque el Juzgado de Primera Instancia, al resolver sobre la oposición a la ejecución, no analizó expresamente el contenido de la cláusula de afianzamiento cuya abusividad había sido invocada. Además, el juzgado hizo referencia en su auto al art. 695.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se encuentra en la regulación de la ejecución hipotecaria, y no al art. 557.1.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable a la ejecución ordinaria de un título extrajudicial. Por tanto, concluyen los recurrentes, en aquel auto no existió pronunciamiento sobre la abusividad de la cláusula de afianzamiento.

QUINTO. - Decisión del tribunal: inexistencia de la infracción.

1.- En el recurso extraordinario por infracción procesal, por la vía del art. 469.1. 2.º en relación con el art. 218.1.º y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se puede denunciar la incongruencia o la falta de motivación de la sentencia recurrida. Pero lo que aquí denuncian los recurrentes es la incongruencia y la falta de motivación del auto dictado en un proceso anterior, en el que el Juzgado de Primera Instancia resolvió la oposición a la ejecución.

Dichos defectos pudieron ser denunciados en aquel proceso y la infracción pudo ser alegada como fundamento del recurso de apelación que se interpuso contra dicho auto, pero sin embargo los hoy recurrentes no lo hicieron. Ello impide que pueda estimarse el motivo, no solo porque el defecto no se imputa a la sentencia recurrida, sino también porque no se habría cumplido el requisito impuesto por el art. 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- En todo caso, a efectos de agotar el razonamiento, la mención que en aquel auto hizo el Juzgado de Primera Instancia al art. 695.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil es intrascendente, puesto que se trata de un simple error material, ya que el contenido de dicho precepto legal viene a ser equivalente al del art. 557.1.7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: ambos permiten alegar como causa de oposición en el proceso de ejecución (uno en el hipotecario y otro en el de título no judicial ordinario) la existencia de cláusulas abusivas.

3.- Asimismo, tampoco puede estimarse que exista ausencia de pronunciamiento puesto que el auto no estimó la alegación de abusividad de varias cláusulas (entre otras, la de afianzamiento), pues solo apreció la abusividad de la cláusula de intereses de demora, que fue la única causa de

oposición estimada. De ahí que se estimara solo parcialmente la oposición a la ejecución, lo que implica la desestimación del resto de causas de oposición planteadas.

4.- Que dicha desestimación no estuviera adecuadamente motivada es cuestión que pudo y debió resolverse en el anterior proceso, pero los hoy recurrentes renunciaron a hacerlo porque en el recurso de apelación que interpusieron no lo alegaron y centraron su impugnación en cuestiones diferentes.

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

1.- En el encabezamiento de este motivo se denuncia la infracción de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE.

2.- La infracción se habría producido porque la estimación de la cosa juzgada impide que se desplieguen los efectos previstos en dichos preceptos, como es la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y la exigencia de que los Estados velen porque existan medios adecuados y eficaces para el cese en el uso de las cláusulas abusivas.

SÉPTIMO. - Decisión del tribunal: inexistencia de la infracción.

1.- El TJUE ha recordado en numerosas ocasiones la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de fuerza de cosa juzgada. Con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos.

Así lo ha declarado en las sentencias de 30 de septiembre de 2003, caso Kóbler, asunto C-224/01, y de 16 de marzo de 2006, caso Kapferer, asunto C-234/04.

2.- De lo anterior, el TJUE ha deducido que el Derecho de la Unión Europea no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario por la decisión en cuestión. Así lo declaró en la citada sentencia del caso Kapferer.

3.- La sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo, declaró sobre esta cuestión:

«68. A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre

de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU: C:2009:615, apartado 37)».

4.- Los recurrentes sostuvieron la abusividad de la cláusula de afianzamiento en el proceso de ejecución.

De haber obtenido una resolución estimatoria de esta causa de oposición, la cláusula no habría podido ser aplicada, por ser nula y no desplegar efecto alguno, de modo que el banco prestamista no habría podido ejercitar acción alguna contra ellos o, en todo caso, de haberse considerado nula solamente la renuncia a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción, no habría podido accionar contra ellos sin haberlo hecho contra los deudores principales.

Sin embargo, su oposición no tuvo éxito en ese aspecto y ellos no impugnaron el auto del juzgado en ese extremo, por lo que el auto definitivo y firme de la Audiencia Provincial no apreció la abusividad de esa cláusula.

5.- Haber dejado que pase a autoridad de cosa juzgada la desestimación de esa causa de oposición se debe exclusivamente a la pasividad de los hoy recurrentes. El reconocimiento de la eficacia de cosa juzgada a aquella resolución no vulnera el principio de eficacia de esos preceptos de la directiva y es una solución equivalente a la que el Derecho nacional establece en casos similares en los que no está en juego la existencia de una cláusula abusiva, por lo que se respetan los principios de eficacia y equivalencia del Derecho de la Unión Europea.

6.- Que el auto en que se resuelva la oposición a la ejecución basada en la existencia de cláusulas abusivas tenga fuerza de cosa juzgada no afecta negativamente solamente a una de las partes del proceso, el consumidor, sino que afecta a ambas partes.

Así, si la declaración de abusividad no pudiera desplegar todos sus efectos en el proceso de ejecución (por ejemplo, porque no pudieran restituirse las cantidades cobradas por el acreedor durante la vida del préstamo al ser superiores a la cantidad por la que se despachó la ejecución), en el posterior proceso declarativo que el consumidor entablara para lograr la restitución completa de esas cantidades indebidamente cobradas, el predisponente no podría volver a discutir el carácter abusivo de esa cláusula, puesto que el auto firme que resolvió el incidente de oposición a la ejecución y declaró el carácter abusivo de la cláusula tendría efectos de cosa juzgada positiva en el posterior proceso.

OCTAVO. - Improcedencia de plantear cuestión prejudicial.

1.- Los anteriores razonamientos justifican sobradamente la improcedencia de plantar ante el TJUE la cuestión prejudicial solicitada por los recurrentes.

2.- En la sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus, el TJUE declaró: «46. Procede recordar en primer lugar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de

precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (véase, en particular, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartados 35 y 36).

»47. Asimismo, el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha declarado que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 37, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 68), salvo que el Derecho nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 53)».

3.- Una vez sentado que, en el Derecho nacional, el auto que resuelve el incidente de oposición a la ejecución tiene efectos equivalentes a la cosa juzgada de las sentencias, que pueden beneficiar o perjudicar a una u otra parte indistintamente, y que en el incidente de oposición es posible plantear el carácter abusivo de las cláusulas del contrato que da lugar a la ejecución por estar incorporado a un título ejecutivo no judicial, con plenitud de posibilidades de debate procesal sobre el carácter abusivo de la cláusula, es de aplicación la doctrina ya sentada por el TJUE sobre el límite que para la apreciación de la nulidad de las cláusulas de los contratos no negociados en contratos con consumidores supone la cosa juzgada, sin necesidad de plantear la cuestión ante el TJUE, por tratarse de un acto aclarado por las sentencias que dicho tribunal ha dictado sobre esta cuestión y que han sido reproducidas.

Recurso de casación.

NOVENO. - Formulación del recurso de casación

1.- En el encabezamiento del motivo se alega la infracción de los arts. 557.1. 7.º y 561.1 y 2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- En el desarrollo del motivo se reiteran los argumentos expuestos en el recurso extraordinario por infracción procesal sobre la inexistencia de cosa juzgada por ser diferente el petitum en la oposición al proceso de ejecución dineraria y en la demanda del juicio declarativo, no existir coincidencia en las partes y en su posición jurídica y ser

diferente la forma resolutoria en uno y otro proceso (auto y sentencia, respectivamente).

DÉCIMO. - Decisión del tribunal: remisión a los razonamientos expuestos para resolver el recurso extraordinario por infracción procesal. En el recurso de casación los recurrentes reiteran los argumentos fundamentales expuestos en los motivos primero a tercero del recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que hemos de remitirnos a lo dicho al resolverlos».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 792/2016] DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2018 [Ponente: José Antonio Seijas Quintana]

*Contrato de obra: daños derivados de deficiencias en la construcción. Responsabilidad decenal de la constructora por defectos ruinógenos en la construcción (art. 1591 CC.)*

«La comunidad de propietarios del edificio Almoragen, de Las Palmas, reclamó a la constructora y promotora del edificio los daños derivados de una deficiente construcción. Se ejercitaba en la demanda una doble acción basadas en la Ley de Ordenación de la Edificación (obra construida y recibida en el año 2008) y en el contrato.

El asunto así planteado no ofrecía ninguna complejidad jurídica. El problema viene determinado por la decisión del juzgado de resolverlo, frente a la constructora, al amparo del artículo 1591 del Código Civil "atendiendo a la descripción de los vicios", como constitutivos de "ruina funcional", y frente a la promotora "en su doble condición de agente interviniente en el proceso constructivo" y "además en virtud de la responsabilidad contractual".

Y viene, lógicamente, determinado por la decisión de la Audiencia Provincial de mantener esta calificación jurídica a partir de una sentencia evidentemente desmesurada en su extensión en la que, junto a citas nominales de determinados autores y de los antecedentes legislativos, con el complemento de una referencia absolutamente innecesaria a distintos Códigos antiguos y a diversos comentaristas del Código Civil, viene a sostener algo que ni afectaba a la acción formulada ni había sido objeto de controversia, como la de la vigencia del artículo 1591 del Código Civil tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, para llegar a la conclusión que esta ley "no ha derogado ni total ni parcialmente, ni ha modificado, el artículo 1591 del Código Civil que sigue plenamente vigente, concurriendo la vigencia de ambas normas, completamente compatibles entre sí, desde que entró en vigor la LOE". Es decir, parece que lo que se deroga, o no sirve para nada, es esta Ley que es posterior, y no el artículo 1591, a cuyo amparo resuelve el conflicto, lo que no se sostiene (partimos, pues, dice la sentencia, "de la plena vigencia del art. 1591 del CC para los contratos de obra en cuyo cumplimiento se hayan levantado edificaciones sujetas además a la LOE por la fecha de solicitud de licencia").

Esta solución sirve, lógicamente, de argumento a la sentencia para negar que sean de aplicación los plazos de garantía de la LOE porque se ha ejercitado también "la acción de cumplimiento del contrato de obra contra la constructora, y en el momento del ejercicio de dicha acción ni se ha cumplido el plazo de garantía de 10 años previsto en el apartado 1 del artículo 1591 del CC para los defectos ruinógenos (ni mucho menos el consecutivo de prescripción de la acción de cumplimiento del contrato de obra de 15 años)...".

Y, por lo mismo, para reconocer legitimación activa a la demandante "para el ejercicio de la acción de cumplimiento del contrato de obra" y pasiva a la contratista, "que construyó la edificación...para soportar el ejercicio de dicha acción".

SEGUNDO. - Con estos antecedentes, la Constructora ha formulado recurso de casación contra la sentencia basado en dos motivos: el primero, por infracción del artículo 1257 del Código Civil y doctrina jurisprudencial.

El segundo, por infracción de los artículos 1091, 1101, 1257, 1461 y 1591 del Código Civil y de la jurisprudencia que cita en cada uno de ellos.

En el primero señala que la sentencia recurrida infringe el principio de relatividad de los contratos al pretender ampliar a quienes adquirieron sus viviendas del promotor (representados aquí por la Comunidad de propietarios) la posibilidad de reclamar supuestas responsabilidades basadas en el contrato de obra entre aquellos y la promotora, contrato que no existe entre la actora y la recurrente, al amparo de una jurisprudencia previa a la LOE, cuando además no accionó al amparo del artículo 1591 del CC.

En el segundo denuncia que ha sido condenado reconduciendo al régimen de la responsabilidad contractual, en franca extralimitación, el de responsabilidad por ruina previsto en el artículo 1591 CC, que se centraba en las posiciones del constructor y del arquitecto y que debe considerarse sustituido por la LOE, que establece las nuevas funciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en la construcción, con la particularidad de que el promotor es responsable solidario de la actuación de los demás agentes y de precisar unos plazos de garantía y prescripción.

Se desestima.

Lo que pretende la parte recurrente es una especie de reconstrucción de todas las anomalías o incongruencias en que ha podido incurrir la sentencia, lo que no es posible tal y como se ha formulado el recurso de casación, en el que no se invoca la inaplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación ni se ha cuestionado el daño; daño que se ha reconducido en los dos motivos a una inaplicación de las normas del contrato, inexistente entre las partes, y por el

que ha sido condenada la constructora con infracción del principio de relatividad que proclama el artículo 1257 del Código civil ya que mal pueden aplicarse los artículos 1101 y 1108, relativos al incumplimiento del contrato de obra que prevé el artículo 1544, y que es ley para las partes contratantes, según expresa el artículo 1091, cuando no ha habido contrato entre estas dos partes.

Sin embargo, el problema no es éste: la sentencia del juzgado y de la Audiencia Provincial han cambiado la causa de pedir y se ha fundado su condena en la responsabilidad decenal que contempla el artículo 1591 del Código civil y respecto a esta acción se ha seguido todo el proceso en ambas instancias, al llegar a la conclusión de que existe incumplimiento contractual al amparo de dicha norma y condenar a la empresa constructora, que no fue parte en el contrato de obra, lo que en sede de dicha acción es irrelevante cuando la condena viene determinada por defectos de construcción imputables a la constructora que intervino en la obra y estos defectos pueden hacerse valer con contrato o sin él al amparo del artículo 1591 del CC, como también recoge en la actualidad el artículo 17 de la LOE a cuyo tenor, "sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división", de los daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos que la propia ley indica, "contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas".

TERCERO. - En consecuencia, asumiendo la instancia y entrando a conocer del fondo del asunto, se estima aplicable el artículo 1591 del Código civil y se impone la responsabilidad decenal a la constructora recurrente, por lo cual, no procede estimar el recurso de casación cuando se mantiene el fallo de la sentencia de instancia; todo ello con imposición de costas a la recurrente, según los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 267/2016] DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2018 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]**

*Contrato de gestión de cartera de inversiones: legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad del contrato. Sobre el uso abusivo de la legitimación especial de las asociaciones de consumidores en litigios en los que la condición de consumidor se diluye, en atención a las características del litigio y a la cuantía litigiosa, para aprovecharse del derecho a la asistencia jurídica gratuita que la ley reconoce a estas asociaciones cuando litigan en defensa de los intereses de sus asociados. La legitimación especial que se reconoce a las asociaciones de consumidores para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados tiene sentido siempre que "guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común*

*ordinario y generalizado"; sin perjuicio de que al realizar esta valoración se tienda a una interpretación amplia y no restrictiva, que trate de garantizar la protección efectiva de los consumidores y usuarios.*

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

Mario y Bárbara, que no tienen la consideración de inversores profesionales, concertaron con Banco Banif, S.A. un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión el 19 de enero de 2006.

En el curso de esta relación, Mario y Bárbara adquirieron los siguientes productos financieros, tal y como son reseñados por la sentencia de apelación:

"1º acciones de Neuropharma, en diciembre de 2006;

"2º un bono estructurado, adquirido en febrero de 2007, sobre el que después se perdió cualquier derecho, canjeado por otro el 31 de marzo de 2009, al que se refiere la reclamación de restitución;

"3º acciones cotizadas en la Bolsa de Viena (unión europea) de Meinel Airports el 26 de abril de 2007;

"4º acciones cotizadas en la Bolsa de Viena (unión europea) de Meinel Power, adquiridas en julio de 2007;

"5º un bono estructurado adquirido en mayo de 2007, sobre el que después se perdió cualquier derecho, canjeado por otro el 31 de marzo de 2009, al que se refiere la reclamación de restitución;

"6º un bono estructurado adquirido en junio de 2007;

"7º un bono estructurado adquirido el 29 de octubre de 2007;

"8º un bono estructurado adquirido el 9 de noviembre de 2007;

"9º un bono estructurado adquirido en diciembre de 2007;

"y 10º un bono estructurado adquirido en febrero de 2008".

Al igual que la sentencia de apelación, nos referiremos a los productos con la mención del ordinal correspondiente.

2. La Asociación de Consumidores y Usuarios de Banca y Mercado de Valores (en adelante, AUGE) interpuso una demanda, en interés de sus asociados Mario y Bárbara, en la que pedía lo siguiente.

En primer lugar, sobre la base de un cumplimiento negligente del contrato de gestión discrecional de cartera de inversión de 19 de enero de 2006, en la demanda se ejercitaban las acciones de responsabilidad civil contractual

y de resolución contractual, con condena a indemnizar daños y perjuicios.

Con carácter subsidiario, se solicitaba la nulidad de los contratos de adquisición de los productos financieros descritos en la página 44 de la demanda, ahora reseñados en el apartado 1 de este fundamento jurídico primero. La causa o motivo de nulidad era la inexistencia de consentimiento como consecuencia de la existencia de error provocado por la información y asesoramiento defectuosos prestados por el asesor financiero de la entidad demandada. Como efecto de la nulidad, también se pedía la condena de la demandada a pagar a Mario y Bárbara la suma de 3.115.241,61 euros, más los intereses devengados desde la suscripción de cada uno de los productos financieros hasta la fecha de la sentencia, así como la devolución de las comisiones y gastos cobrados, aminorado por los intereses percibidos por los clientes de las inversiones realizadas.

En la audiencia previa, la demandante desistió de las acciones de responsabilidad civil contractual y de resolución de contrato, con indemnización de daños y perjuicios, y se centró en la acción de nulidad de los diez productos financieros, y cuantificó las pérdidas sufridas que debían ser objeto de condena a restituir en 2.962.308,94 euros. Más tarde, y antes de la celebración de la vista del juicio, la demandante aportó una nueva liquidación, en la que se detraían determinadas amortizaciones, y redujo la cantidad reclamada a 2.749.611,60 euros.

3. La sentencia de primera instancia desestimó las excepciones de falta de legitimación activa de AUGE y de caducidad de la acción de nulidad. Y estimó la demanda, en cuanto que apreció la nulidad de las diez adquisiciones de productos financieros, porque se había prestado un consentimiento contractual viciado en relación con el conocimiento de los elementos esenciales de los productos adquiridos y sus riesgos. La sentencia también condenó a la demandada a pagar 2.749.611,60 euros, más los intereses legales desde el momento de la adquisición de cada uno de los productos financieros hasta la fecha de la sentencia, así como la restitución de las comisiones y gastos, lo que debía minorarse con los intereses percibidos por los clientes como consecuencia de las inversiones realizadas.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandada. El recurso ha sido estimado en parte.

i) La Audiencia, en primer lugar, reitera la procedencia de la desestimación de la excepción de falta de legitimación activa. Entiende, con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en las sentencias de 22 de abril de 2004 y 12 de septiembre de 2005, que la legitimación de la asociación de consumidores es amplia y abarca cualquier cuestión que pudiera estar vinculada con los intereses de los asociados por cuenta de quienes actúa, en su condición de consumidores y usuarios. De tal forma que como a su juicio en la contratación de los productos financieros intervinieron

en un ámbito ajeno a su actividad empresarial, estaría justificada la intervención en juicio bajo la representación de Auge.

ii) En segundo lugar, desestima el motivo de apelación basado en la incongruencia de la sentencia de primera instancia, porque se había pedido la nulidad por inexistencia de consentimiento, como consecuencia de la falta de información, y es declarada la nulidad por error vicio en el consentimiento. La Audiencia razona en el siguiente sentido: "La incongruencia, en la modalidad extra petita, sólo se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la causa de pedir, entendida como conjunto de hechos decisivos y concretos, en suma, relevantes, que fundamentan la pretensión (...). De tal forma que, con los matices que derivan de las reglas iura novit curia y da mihi factum dabo tibi ius, no existe incongruencia cuando, pese a la equivocada calificación jurídica del demandante de la nulidad por error en el vicio del consentimiento, estimándola como nulidad absoluta, el Juzgado resuelve la controversia, acudiendo a la calificación jurídica procedente, estimando la existencia de una situación de anulabilidad".

iii) La sentencia de apelación también rechaza que haya caducado la acción. Entiende que para la jurisprudencia contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de enero y 7 de julio de 2015, el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción, previsto en el art. 1301 CC, debe comenzar a computarse desde que se tiene o se puede tener cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Y esto se habría producido iniciado el procedimiento, cuando se dio traslado a la demandante de un documento de la demandada.

iv) En cuanto al fondo del asunto, la Audiencia parte de una primera consideración de que el conocimiento y la experiencia de los clientes evolucionó desde el 2006 en que se adquirieron los primeros productos, hasta el 2009 en que se adquirieron los últimos.

La Audiencia rechaza la nulidad de la adquisición de los bonos referenciados antes como 2º y 5º, que fueron canjeados el 31 de marzo de 2009, porque la demandante trata de obviar que la pérdida sobre la que se basa la nulidad, y la reclamación de restitución, es realmente la relativa a la compra de los bonos en 2009 y no los de 2007, respecto de los que se renunció al ejercicio de acciones contra el banco. Y añade a su razonamiento lo siguiente: "Al margen de la fuerte inversión en productos especulativos realizada ya en 2009 por los interesados, la propia posición de la parte demandante y la documental antes mencionada, que la apelada pretende indebidamente no sea tomada en consideración, permite estimar infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, 2º y 5º, dándose las circunstancias señaladas por la jurisprudencia (STS 8 de septiembre de 2014, 23 de abril y 30 de junio de 2015), para rechazar que proceda la protección legal conferida al cliente

minorista, enfrentándonos ante una inversión por un importe muy elevado, 700.000 euros respecto de estos productos, y de 2.800.000 respecto de otros de similar riesgo y complejidad cuando se llevó a cabo la contratación en 2009, de modo que pese a que pudiera no ser suficiente la información suministrada para un cliente no experto, sí lo es para quienes como los interesados en este caso sí tenían experiencia y conocimientos suficientes (correos electrónicos doc. 55 y 70 de los de la contestación, revelando el conocimiento del mercado financiero y la realización de operaciones de alto riesgo (trading), así como la capacidad de tomar de decisiones sobre productos financieros complejos que resulta de las actas de la sociedad de inversión de capital variable, doc. 57). En aquel momento los inversores, en cuyo interés se acciona, tenían la experiencia y los conocimientos financieros necesarios como para estimar que no proceda aplicar aquí la presunción de desconocimiento de los productos complejos propia del cliente minorista, tal y como también resulta de la posición de la propia parte apelada, que rechaza que el error pueda establecerse por las circunstancias personales de los inversores posteriores a julio de 2008".

Y hace una consideración general, aplicable a la adquisición de estos productos y también a los restantes, en relación con la irrelevancia que para juzgar sobre la nulidad por error vicio tienen las alegaciones relativas a que los productos contratados no se adecuaban a los perfiles inversores de los clientes.

v) Por lo que se refiere al producto 1º, las acciones de Neuropharma, adquiridas el 18 de diciembre de 2006, la Audiencia entiende que no se trata de un producto financiero complejo de conformidad con el art. 79 bis 8 a) LMV y, además, que está acreditado que los interesados adquirieron con antelación suficiente información sobre las características de la inversión y sus riesgos. En consecuencia, rechaza la existencia de error excusable.

vi) En cuanto a los productos 3º y 4º, las acciones que cotizan en bolsa de Meinel Airport (adquiridas el 26 de abril de 2007) y de Meinel Power (adquiridas en julio de 2007), la Audiencia recuerda que la acción ejercitada era de nulidad de la adquisición por error vicio, pero no de incumplimiento del contrato de asesoramiento. Y luego deja constancia de que los clientes fueron informados de las características de la emisión de las acciones y de los riesgos concretos de la operación. De tal forma que concluye: "En definitiva las circunstancias reseñadas impiden apreciar aquí la existencia de un producto complejo, y de cualquier error excusable que permita anular las operaciones examinadas".

vii) Por lo que se refiere al producto 6º, el bono estructurado de 1 de junio de 2007, la Audiencia entiende que, para entonces, a los clientes demandantes se les podía calificar de "inversores cualificados", por la experiencia que habían acumulado en la adquisición de productos financieros de estas características. En concreto, habían adquirido previamente otros bonos estructurados, entre otros el de 23

de enero de 2007, respecto del cual la sentencia recurrida advierte que los demandantes en la audiencia previa dijeron que tal adquisición había sido válida, dado que el resultado de la inversión fue positivo. Además, con relación al cumplimiento de los deberes de información, la Audiencia declara lo siguiente: "Cabe declarar como probado que la demandada, documento 82 de la contestación a la demanda, suministró con antelación a los inversores información suficiente, al acompañarse un detallado resumen explicativo del funcionamiento del bono, referenciado a las acciones de BBVA y Popular, auto-cancelable en los periodos indicados, con un beneficio posible final del 45% si la peor de las acciones de referencia no tenían un valor inferior al 10% del momento de la compra, existiendo riesgo de pérdida del capital si el valor de la peor acción caía más de un 19,5%, superior cuanto mayor fuese el porcentaje de caída de la peor acción".

Y concluye: "Con los antecedentes expuestos, teniendo en cuenta el carácter de inversores cualificados de los demandantes, sin que desconocieran que el emisor es un tercero, ajeno a la entidad con la que se contrata, que es quien asume la responsabilidad del pago, siendo conocedores de la evolución de los mercados y de las condiciones de transmisibilidad de estos productos, debemos considerar infundada la pretensión de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación del producto examinado".

viii) Finalmente, la Audiencia sí aprecia la nulidad por error vicio de la adquisición de los productos 7º, 8º, 9º y 10º, los bonos estructurados adquiridos el 29 de octubre de 2007, 9 de noviembre de 2007, 27 diciembre de 2007, y 8 de febrero de 2008, todos ellos referenciados al menos a una acción de una entidad financiera de la que dependía la rentabilidad y el riesgo del producto.

La Audiencia parte de que, pese a la experiencia de los demandantes, sus conocimientos no se podían equiparar a los de los analistas financieros del banco demandado, especialmente al tiempo en que se realizaron estas contrataciones. Para la Audiencia es muy relevante que para entonces: "ya se había producido la crisis financiera (entonces se dice que había cumplido un año). Al respecto solo se da alguna noticia sobre incertidumbres y turbulencias en el sector financiero en el informe de diciembre de 2007, que según la contestación se acompañaba a los estados de situación del cliente, doc. 36, indicándose solo en el de enero de 2008, elaborado el 5 de febrero de ese año, sin que conste su puesta a disposición de los clientes con antelación suficiente, antes de la adquisición del bono de 8 de febrero de 2008, que continúa en el ojo del huracán. Aquí debemos destacar además que, respecto del bono de 29 de octubre de 2007, no se envía con suficiente antelación información completa y clara de en qué consistía el bono, sin indicarse los valores subyacentes a los que va referenciado, así como el riesgo concreto asumido".

La Audiencia califica la información suministrada al contratar de "estereotipada y sobre riesgos generales", sin que en ese momento se advirtiera "a los inversores de este concreto y específico riesgo conocido por la entidad financiera, que no consta que se pusiera en conocimiento de los clientes": "Esta trascendente y relevante información, respecto de un riesgo real, concreto y determinante, sin superar el sector financiero la situación reflejada en el doc. 84 de 2 de octubre de 2007, al contratarse los bonos posteriores que aquí examinamos, presentados también por el Sr. Marcial como se reconoce en la contestación a la demanda, tampoco consta proporcionada, pese a que la rentabilidad y su riesgo dependía también del valor de al menos una acción de una entidad financiera. Además, a ello debemos añadir que se informó erróneamente sobre las características de los bonos de 27 diciembre de 2007, y 8 de febrero de 2008.

Así mientras en el doc. 88 de la contestación los escenarios de pérdida se producen para el caso de caer más de un 30% la acción de peor comportamiento, el riesgo real que resulta de los documentos de compra, 89 y 90, es que la pérdida se produce cuando la referencia final de la acción con peor comportamiento es inferior al 75%, es decir cae más de un 25%.

Aunque discrepamos de la sentencia apelada, en cuanto a la ausencia en este caso de test de idoneidad, doc. 42 de la contestación a la demanda y 18 de los de la demanda, no pudiendo entender que la firma no obedezca a la respuesta dada por los clientes, teniendo en cuenta que a tal test se suma el contenido propio del test de conveniencia (conocimientos y experiencia), con independencia de la aplicación de la normativa Mifid, solo a los dos últimos productos examinados en este punto, creemos que la defectuosa información suministrada, especialmente la ocultación de datos relevantes sobre los riesgos de la concreta inversión realizada conocidos por la entidad demandada, determina que debemos apreciar, desenvolviéndonos en el marco de un contrato de asesoramiento, la existencia de un error en el consentimiento excusable, determinante de la existencia de vicio del consentimiento en la adquisición de los productos financieros examinados en este fundamento, que justifica la anulación de su adquisición, debiendo en este extremo confirmar la sentencia recurrida".

La Audiencia tiene también en consideración la relación de asesoramiento que existía entre las partes, y cómo se desarrolló respecto de estos productos, y su incidencia en la apreciación del error: "En definitiva [...], existió asesoramiento al cliente, realmente no negado en esta instancia, al que se le presentaban nuevas posibilidades de inversión, recibiendo, según se sostiene, antes de contratar cada una, explicación individualizada detallada de los riesgos. En este contexto, de evidente asesoramiento solo puede entenderse admitido por la parte apelante la recomendación de cada una de las inversiones realizadas. [...] "Aquí, en la recomendación de los productos financieros examinados, no proporcionándose una información que

todavía no cabe entender que por sus circunstancias personales estuvieran en condiciones de conocer los inversores, y que claramente sin embargo sí tenía la entidad demandada, se silenciaba la no recomendación de sus analistas, de bonos con riesgo y rentabilidad referenciados a valores del sector financiero ("no es un bono que recomendamos en estos momentos, ya que nuestros analistas están a la espera de ver como evoluciona el sector financiero a corto plazo, ante posibles noticias que puedan afectar a la cotización de dichos valores"), y ello determina, teniendo en cuenta las circunstancias personales de los inversores y especialmente el marco de su decisión, con el asesoramiento financiero de la entidad demandada, relevante en la formación de la voluntad, como se desprende del correo electrónico de 25 de marzo de 2007 (doc. 55, folio 9, Tomo V dirigido al Sr. Marcial, por el Sr. Mario, aguardando a conocer su criterio y evaluación, con "mas datos y profesionalidad", para adoptar una determinada decisión inversora); que a efectos de valorar el error en esta situación específica deban ser equiparados los clientes en cuyo nombre se acciona con el concepto legal de cliente minorista. Por otra parte, también debemos destacar, teniendo en cuenta la lógica confianza en la profesionalidad del asesor, la alteración del riesgo de alguno de los dos últimos bonos contratados analizados en este apartado, pasando, del 30% de caída de la acción de peor comportamiento, al 25%, con incremento en consecuencia del riesgo. [...]

"Es fundamental en este caso el dato de que las personas en cuyo nombre se entabla la demanda, no pueden considerarse que tuvieron conocimientos avanzados suficientes en la inversión, como para conocer el dato esencial del mayor riesgo de la operación que en aquel momento suponía hacerlas depender de valores del sector financiero, conocido sin embargo por la entidad financiera que les asesoraba, no pudiendo estimar que tuvieron la cualificación necesaria para conocer este extremo. Por tanto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, en atención a la "asimetría informativa" concurrente, debemos, respecto de los bonos aquí analizados, confirmar la estimación de la acción de anulación".

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida por ambas partes. Banif formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de cinco motivos, y recurso de casación, articulado en tres motivos. Y Auge formula recurso extraordinario por infracción sobre la base de un único motivo y recurso de casación articulado en tres motivos.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal de Banif.

1. Formulación del motivo primero. El motivo se ampara en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC y denuncia la infracción del art. 10.2 LEC en relación con el art. 11 LEC, porque la sentencia recurrida reconoce legitimación procesal a la entidad demandante, cuando carece de dicha condición.

En el desarrollo del motivo se argumenta que Auge carece de legitimación activa, porque las acciones ejercitadas en la demanda exceden del ámbito de la protección al consumo, para el que está prevista la legitimación del art. 11.1 LEC. En la demanda se pretende la nulidad de la adquisición de productos financieros de carácter altamente especulativo; durante el periodo comprendido entre diciembre de 2006 y febrero de 2008, Mario y Bárbara adquirieron los diez productos financieros litigiosos, por un importe de 3.949.998,30 euros; y se discute si existió error vicio en la adquisición de estos productos, y no tanto si se realizó correctamente el asesoramiento financiero.

Para que Auge tuviera legitimación ad processum al amparo del art. 11.1 LEC para ejercitar estas acciones, por cuenta del Sr. Mario y la Sra. Bárbara, sería necesario que estos fueran asociados suyos y que la causa petendi formara parte del ámbito material propio de la protección al consumo.

Además, como segunda razón, el recurrente aduce que Mario y Bárbara no gozaban de la condición de consumidor en la adquisición de los productos financieros litigiosos, porque, por una parte, se trataba de operaciones altamente especulativas, en las que primaba el ánimo de lucro, y, por otra, se advierte una regularidad y asiduidad en la realización de estas operaciones en el tiempo en que se realizaron. En la vista del recurso se insistió en que entre los productos litigiosos y los que no lo son porque al haber resultado rentables no fueron objeto de la acción de nulidad, durante esos años Mario y Bárbara habrían invertido más de 5.500.000 euros. De tal forma que constituye un abuso emplear para este tipo de reclamaciones la legitimación que el art. 11.1 LEC atribuye a las asociaciones de consumidores, que sólo se justifica por la ventaja que supone el beneficio de la asistencia jurídica gratuita del que gozan las asociaciones de consumidores, como la propia Auge resalta al publicitar sus servicios en su página web.

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

2. Estimación del motivo. La legitimación procesal aducida por la demandante y apreciada por la Audiencia se apoya en la previsión contenida en el art. 11.1 LEC. El art. 11 LEC lleva por rúbrica: "Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios". Y el apartado 1 regula lo siguiente: "1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios".

Se trata de una legitimación especial, destinada a facilitar la defensa de los intereses de los consumidores. En principio, bajo el régimen general del art. 10 LEC, la condición de parte legítima se atribuye a quien comparezca y actúe en juicio como titular de la relación jurídica y objeto litigioso, sin

perjuicio de los casos en que la Ley atribuya legitimación a una persona distinta del titular, como ocurre en el art. 11.1 LEC.

Esta legitimación alcanza en todo caso al ejercicio de las acciones surgidas al amparo de la normativa protectora de consumidores y usuarios: esencialmente Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, y también otras normas que contemplan expresamente la protección del consumidor. Además, como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional ha interpretado que esta legitimación se extiende a otros casos en que las asociaciones de consumidores actúan en defensa de los intereses particulares de alguno de sus asociados, intereses como consumidores y usuarios que guardan relación directa con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado.

3. Así es como la sentencia recurrida, aunque la acción ejercitada no es propiamente una acción nacida directamente de la normativa de consumidores, ha entendido que podía quedar amparada por esta legitimación especial del art. 11.1 LEC, al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional que interpreta estas normas en un sentido amplio y flexible.

La doctrina invocada por la Audiencia se encuentra en las SSTC 73/2004, de 22 de abril, y 219/2005, de 12 de septiembre. Ambas sentencias se refieren a dos casos en que se había denegado legitimación a una asociación de consumidores para recurrir por vía contencioso-administrativa en representación de alguno de sus asociados. La segunda, que cita a la primera, parte de la siguiente premisa: "al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen al atribuir la legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, resultando censurables aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental (por todas, STC 73/2004, de 22 de abril, FJ 3).

Y luego, explica esta doctrina respecto de la legitimación de las asociaciones de consumidores: "A esos efectos, y en el particular relativo a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores, este Tribunal ha declarado, en primer lugar, que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva negarles legitimación en los supuestos de actuación en representación y defensa de intereses concretos de sus asociados con base en que no defienden intereses propios sino de terceros, una vez constado que "por expresa previsión legal las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimadas para representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, esto es, para representar y defender

los derechos e intereses de sus asociados como intereses distintos de los de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios (arts. 20.1 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios; 16.1 Real Decreto 825/1990, de 22 de junio) (STC 73/2004, FJ 5). En segundo lugar, que esta legitimación para actuar en defensa de los intereses de carácter personal de los afiliados puede quedar limitada, por el propio ámbito objetivo de la normativa en que está prevista, a que dichos intereses lo sean en su condición de consumidores y usuarios. Y, por último, que no cabe negar dicha condición cuando por la naturaleza de la controversia de fondo suscitada se evidencie de una manera clara y suficiente que repercuta, directamente o por condicionar de manera relevante su comportamiento y decisiones, en los intereses como consumidores y usuarios de los particulares afectados (STC 73/2004, FJ 6)".

Esta doctrina fue reiterada por la posterior STC 131/2009, de 1 de junio, también con ocasión de una denegación de legitimación activa a una asociación de consumidores para interponer un recurso contencioso-administrativo.

4. El trasfondo de esta cuestión es la denuncia del uso abusivo de esta legitimación especial de las asociaciones de consumidores en litigios en los que la condición de consumidor se diluye, en atención a las características del litigio y a la cuantía litigiosa, para aprovecharse del derecho a la asistencia jurídica gratuita que la ley reconoce a estas asociaciones cuando litigan en defensa de los intereses de sus asociados.

Y en este marco, del reconocimiento de este derecho, también ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional, en la sentencia 217/2007, de 8 de octubre. En aquel asunto, se había denegado a una asociación de consumidores el derecho de asistencia jurídica gratuita "para litigar en defensa de uno de sus asociados contra una compañía de seguros, en un pleito sobre reclamación de cantidad por rescisión de un contrato de seguro decenal".

El Tribunal Constitucional recuerda que la legislación vigente reconoce este derecho de asistencia jurídica gratuita a las asociaciones de consumidores "en los términos previstos en el art. 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, esto es, para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado".

Luego, añade algo muy ilustrativo para poder precisar esta última salvedad (cuando guarden relación con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado), que la normativa vigente al dictarse el auto impugnado (el art. 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios), establecía: "las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas legalmente e inscritas en el correspondiente registro, "tendrán como finalidad la defensa de los intereses

... de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados; ... y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2.2", esto es, cuando los derechos de los consumidores y usuarios "guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado".

"En cuanto a la definición de lo que ha de entenderse por "productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado" a los efectos establecidos en la disposición adicional segunda de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y el art. 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, se contiene actualmente en el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, cuyo anexo I, apartado C (Servicios), se refiere, entre otros servicios, a los seguros".

Y concluye que, "de los preceptos legales citados, en su redacción vigente a la fecha de dictarse aquella resolución judicial, se desprende una inequívoca opción del legislador a favor del reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a las asociaciones de consumidores legalmente inscritas y registradas, tanto si se trata del ejercicio de acciones colectivas como si se trata de ejercer acciones individuales (art. 11.1 de la Ley de enjuiciamiento civil), entendiéndose que la defensa de los derechos e intereses de uno de sus asociados trasciende el mero interés particular cuando la reclamación guarde relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, como ocurre en el caso de los seguros por expresa determinación del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, anexo I, apartado C, núm. 14, en desarrollo de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios".

Adviértase que la normativa actual, en concreto el art. 9 del RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, contiene una previsión muy similar: "Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado".

5. De este modo, la legitimación especial que el art. 11.1 LEC reconoce a las asociaciones de consumidores para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados tiene sentido siempre que "guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común ordinario y generalizado". Sin perjuicio de que al realizar esta valoración se tienda a una interpretación amplia y no restrictiva, que trate de garantizar la protección efectiva de los consumidores y usuarios.

Es cierto que el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, en su anexo I, apartado C, núm. 13, menciona los "servicios bancarios y financieros", dentro del catálogo

de "productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a efectos del artículo 2.2 y 20.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y disposición adicional segunda de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita". Por lo que, en principio, los servicios bancarios o financieros no quedan excluidos en todo caso. Esto es, una reclamación que guarde relación con la prestación de un servicio financiero a un consumidor quedaría incluida dentro de la legitimación del art. 11.1 LEC.

Pero una cosa es que los servicios financieros puedan ser considerados como servicios de uso común, ordinario y generalizado, y otra distinta que siempre y en todo caso lo sean. Esto es, hay servicios financieros que por su naturaleza y circunstancias exceden de la consideración de "servicios de uso común, ordinario y generalizado". Y un ejemplo paradigmático de esto es el que ahora es objeto de enjuiciamiento.

El servicio que da lugar al litigio es la adquisición por dos particulares, Mario y Bárbara, en un año y medio aproximadamente (de diciembre de 2006 a febrero de 2008), de diez productos financieros por un valor aproximado de 4 millones de euros. Estos diez productos financieros comprenden tres paquetes de acciones de sociedades que cotizan en bolsas internacionales (Neuropharma, Meinel Airports y Meinel Power) y siete bonos estructurados, que tienen la consideración de productos complejos, de marcado carácter especulativo. Una operación de estas características no puede considerarse un acto o servicio de consumo porque, en atención a los importes y a su carácter especulativo, no es de uso común, ordinario y generalizado. Los afectados pueden litigar directamente por sí mismos y no está justificado que lo haga una asociación de consumidores, en nombre propio y por cuenta de sus asociados, para evitar los riesgos derivados de una eventual condena en costas. Estas situaciones constituyen abusos del ordenamiento jurídico que no pueden estar amparados por una interpretación amplia del art. 11.1 LEC.

6. En consecuencia, procede estimar este motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal de Banco Santander. Su estimación conlleva dejar sin efecto la sentencia de apelación, y en su lugar estimar en su integridad el recurso de apelación de Banif (en la actualidad, Banco Santander) y desestimar la demanda por falta de legitimación activa de la asociación de consumidores demandante.

La estimación del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal de Banco Santander hace innecesario en análisis del resto de los motivos de este recurso y del recurso de casación. Tampoco resulta necesario el examen de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por Auge, que se tienen por desestimados».

## SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2825/2014] DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2018 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

*Consumidores: cláusulas abusivas en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Resolución del Tribunal de Justicia Europeo sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en torno al carácter abusivo de la cláusula relativa al interés de demora: frente a la pretensión del consumidor de que, declarada abusiva la cláusula de interés de demora, el préstamo deje de devengar cualquier tipo de interés desde que el prestatario incurra en mora, el tribunal considera que, si bien no procede integrar la cláusula declarada nula y moderar el tipo del interés de demora, el préstamo sigue devengando el interés remuneratorio. En consecuencia, lo que procede anular y suprimir completamente, privándola de su carácter vinculante, es la cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.*

«El 11 de enero de 1999, Caja de Ahorros del Mediterráneo (actualmente, Banco de Sabadell S.A.) concedió a D. Adrián un préstamo con garantía hipotecaria para adquirir su vivienda familiar, por importe de 17.633,70€, que el prestatario debía devolver en veinte años mediante el pago de cuotas mensuales.

2.- El tipo de interés remuneratorio inicialmente pactado fue del 5,5% anual, sujeto a variación a partir del primer año. Cuando el prestatario dejó de pagar las cuotas del préstamo e incurrió en mora, el interés remuneratorio se devengaba al tipo del 4,75% anual.

3.- La cláusula sexta del contrato establecía que las cuotas del préstamo que no se pagaran a su vencimiento devengarían un interés de demora del 25% anual.

4.- El consumidor prestatario interpuso una demanda contra el banco prestamista en la que solicitaba que se declararan nulas, por ser abusivas, las cláusulas del contrato de préstamo que establecían el redondeo del tipo de interés remuneratorio y los límites a su variabilidad, la comisión por impago de cada cuota, el vencimiento anticipado por impago y el tipo del interés de demora.

5.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación, declararon la abusividad de varias de estas cláusulas. En lo que aquí interesa, las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial declararon que la cláusula que establecía el interés de demora era abusiva y acordaron que el tipo del interés de demora fuera reducido al triple del interés legal, que es el límite previsto en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria.

6.- El consumidor ha interpuesto recurso de casación porque considera que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y sostiene que el préstamo no debe devengar interés alguno desde que el prestatario incurrió en mora.

7.- En la deliberación del recurso de casación, este tribunal, previa audiencia de las partes, acordó plantear una cuestión prejudicial al TJUE sobre dos aspectos de su doctrina jurisprudencial cuya conformidad con el Derecho de la Unión Europea estaba siendo cuestionada, incluso mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales al TJUE en las que se pretendía que se declarara que tal jurisprudencia no era conforme al Derecho de la Unión Europea.

Una de las preguntas que se formulaban al TJUE versaba sobre la conformidad con el Derecho de la Unión de la fijación como criterio para el enjuiciamiento de la abusividad de la cláusula de interés de demora en los préstamos el que el tipo de interés de demora superara en más de un 2% el tipo de interés remuneratorio.

La otra se refería a la conformidad con el Derecho de la UE de las consecuencias que este Tribunal Supremo había extraído de la nulidad de la cláusula de interés de demora por abusiva, que consistían en la supresión total del recargo que el interés de demora supone respecto del interés remuneratorio, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo. Se había criticado esta solución con el argumento de que suponía una integración de la cláusula abusiva contraria a la doctrina sentada por el TJUE desde la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, caso Banesto.

8.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 7 de agosto de 2018. En su fallo, y en lo que aquí interesa, dispuso: "[...] 2) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio.

"3) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato".

9.- Una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto la cuestión prejudicial que le fue planteada por esta sala y ha declarado que nuestra jurisprudencia se ajusta a las exigencias del Derecho de la Unión, y en concreto de la Directiva 93/13, procede resolver el recurso de casación.

SEGUNDO. - Formulación del recurso de casación.

1.- En el encabezamiento del motivo se alega que la sentencia recurrida infringe los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

2.- La infracción se habría cometido porque la sentencia, tras declarar la nulidad de la cláusula que fijaba el tipo del interés de demora en un 25% anual, ha integrado la cláusula nula y ha fijado el interés de demora en el triple del interés legal, empleando para ello una norma de Derecho interno, el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria.

Lo que debería haber hecho la sentencia, según el recurrente, es excluir la aplicación de dicha cláusula. En las alegaciones relativas al planteamiento de la cuestión prejudicial, el recurrente precisaba que, declarada abusiva la cláusula de interés de demora, el préstamo debe dejar de devengar cualquier tipo de interés desde que el prestatario incurre en mora.

TERCERO. - Decisión del tribunal: improcedencia de integrar la cláusula declarada nula y moderar el tipo del interés de demora. El préstamo sigue devengando el interés remuneratorio cuando el prestatario incurre en mora.

1.- En las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre, este tribunal abordó la cuestión del control de abusividad de las cláusulas que establecían el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores. Las sentencias del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, abordaron esta misma cuestión respecto de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores.

2.- En estas sentencias, este tribunal consideró que, ante la falta de una previsión legal que fijara de forma imperativa el criterio aplicable para el control de su abusividad (sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank), el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora queda fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva.

3.- La aplicación de dicho criterio (cuya conformidad con el Derecho de la Unión Europea ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) al supuesto objeto del recurso confirma la corrección de la declaración de nulidad, por abusiva, que ha realizado la Audiencia Provincial de la cláusula que establece el interés de demora en el préstamo objeto de este recurso, puesto que supera en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio (en realidad, lo supera en más de veinte puntos porcentuales).

4.- Con relación a la otra cuestión, consistente en cuál debe ser el efecto de la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula que establece el interés de demora, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial optaron por sustituir el interés de demora previsto en la cláusula anulada, que era del 25%, por el previsto en el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria, que es el triple del interés legal.

Para el recurrente, la solución debe ser que, una vez anulada la cláusula que fijaba un interés de demora abusivo, el préstamo deje de devengar interés alguno cuando el prestatario haya incurrido en mora.

5.- Las sentencias de este tribunal 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, a las que hemos hecho referencia anteriormente, también resolvieron sobre los efectos que debía tener la declaración de abusividad, y consiguiente nulidad, de la cláusula que fijaba los intereses de demora en un préstamo. La jurisprudencia que estas sentencias establecen sobre esta cuestión es la que a continuación se explica.

6.- Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, han deducido de la redacción de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.

El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales.

7.- Por tal razón, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco es posible aplicar de modo supletorio una

disposición de carácter dispositivo de Derecho nacional. El TJUE, en sus sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización.

8.- En concreto, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el interés de demora en un contrato de préstamo, el TJUE, en su sentencia de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C- 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, ha declarado improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

El juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, pues debe excluir plenamente su aplicación.

9.- Por esas razones, la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es su supresión, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor.

10.- Para la aplicación de esta doctrina, las referidas sentencias de este tribunal tomaron en consideración que la naturaleza de la cláusula que establece el interés de demora, examinada desde el plano del control de abusividad, consiste en la adición de determinados puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio.

En el caso objeto de este recurso, siendo el interés remuneratorio del 4,5% anual en el momento en que el prestatario incurrió en mora, el interés de demora consistía en la adición de 20,25 puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio, hasta dejarlo en el 25% anual.

11.- En las sentencias citadas, este tribunal declaró que suprimir también el devengo del interés remuneratorio, que retribuye que el prestatario disponga del dinero durante un determinado tiempo, no debe ser una consecuencia de la nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva, pues debe tenerse en cuenta cuál es la razón de la abusividad: que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor, en caso de demora, por encima de un 2%

adicional al tipo del interés remuneratorio supone una indemnización desproporcionadamente alta por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del consumidor (artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y artículo 3 y anexo 1.e de la Directiva 93/13/CEE).

12.- Concluimos en aquellas sentencias que lo que procede anular y suprimir completamente, privándola de su carácter vinculante, es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

13.- Debe recordarse que el recargo que supone el interés de demora sobre el interés remuneratorio comienza a devengarse cuando el prestatario incurre en mora porque deja de pagar las cuotas del préstamo en las fechas convenidas, sin necesidad de que el banco dé por vencido el préstamo anticipadamente y proceda a "cerrar la cuenta" del préstamo.

Y carece de lógica que el interés remuneratorio deje de devengarse cuando, transcurrido un cierto periodo de tiempo durante el que el prestatario se encuentre en mora, el prestamista haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, porque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista de modo que, anulada la cláusula abusiva, el interés remuneratorio continúa devengándose respecto del capital pendiente de devolución.

14.- La sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, que resuelve la cuestión prejudicial planteada en este recurso para despejar cualquier duda sobre la conformidad de la solución adoptada por esta sala con el Derecho de la Unión Europea, ha resuelto: "La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato".

15.- Para alcanzar esta conclusión, el TJUE ha utilizado, en lo fundamental, estos razonamientos: "75 Por lo demás, la Directiva 93/13 no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas cláusulas que no han sido calificadas como tales. En efecto, el objetivo perseguido por la Directiva consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en

cuestión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de mayo de 2013, Jorös, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 46, y de 31 de mayo de 2018, Sziber, C-483/16, EU:C:2018:367, apartado 32). "76 En particular, de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas. En efecto, a este último respecto cabe señalar que, según resulta del auto de remisión en el asunto C-94/17, la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago. En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de esta.

"77 Tal como ha señalado el Abogado General en el punto 90 de sus conclusiones, las anteriores consideraciones resultan aplicables con independencia de la manera en que estén redactadas la cláusula contractual que establezca el tipo de interés de demora y la que establezca el tipo de interés remuneratorio. En particular, tales consideraciones no solo son válidas cuando el tipo de interés de demora se define independientemente del tipo de interés remuneratorio, en una cláusula distinta, sino también cuando el tipo de interés de demora se determina en forma de un incremento de varios puntos porcentuales sobre el tipo de interés remuneratorio. En este último supuesto, al consistir la cláusula abusiva en tal incremento, lo único que exige la Directiva 93/13 es que este se anule".

16.- La consecuencia de lo expuesto es que procede aplicar la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, sobre los efectos de la nulidad de la cláusula sobre intereses de demora, cuyo ajuste a las exigencias del Derecho de la Unión ha sido declarado por el Tribunal de Justicia.

17.- De acuerdo con esta doctrina, no es correcta la solución adoptada en la sentencia recurrida, consistente en sustituir el interés de demora abusivo por el consistente en el triple del interés legal del dinero, previsto en el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria como límite a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda. Pero tampoco puede aceptarse la solución sostenida por el recurrente, consistente en que una vez que

dejó de pagar las cuotas del préstamo hipotecario e incurrió en mora, el préstamo dejó de devengar interés alguno.

La solución, conforme a lo dispuesto en las sentencias de esta sala citadas en los párrafos precedentes, es que, declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

18.- Por tanto, la estimación del recurso de casación solo puede ser parcial».

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

### SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA [Recurso 491/2018] DE 8 DE OCTUBRE DE 2018 [Ponente: Alfonso Merino Rebollo]

*Sociedades de capital: impugnación de acuerdos sociales por denegación al socio minoritario de su derecho a asistir y votar durante la junta por medio de un representante. Con arreglo a la normativa, no caben poderes verbales, de modo que, no sería admisible una cláusula estatutaria en tal sentido, y el poder escrito puede constar en documento público o privado y, en el caso del poder en documento privado, la Ley no exige nada más, ni siquiera la legitimación notarial de la firma. Por otro lado, la doctrina científica indica que la Ley de Sociedades de Capital obliga a que la representación se extienda a la totalidad de las participaciones sociales del socio y que, por tanto, no cabe la representación parcial en cuanto referida a una parte de las participaciones.*

«En la demanda que dio origen a este litigio, Azucena, (en adelante la señora Estrella) ejercitaba una acción de impugnación de los acuerdos sociales adoptados durante la junta general extraordinaria de socios celebrada el día 14 de diciembre de 2016, relativos a la disolución de la compañía por concurrir la causa legal del art. 363.1 letra c) LSC y a la conversión de la administradora única en liquidadora. Los motivos de dicha impugnación son los siguientes:

Vicios o defectos de constitución, pues la presidenta de la junta impidió ilegítimamente asistir y votar durante la misma al representante de la actora, el letrado Valeriano, a pesar de que el poder otorgado por la actora a favor del señor Valeriano cumplía los requisitos del art. 24 de los estatutos.

Por no estar incurso la sociedad Martpich en la causa de disolución del art. 363.1 letra c) LSC a la vista del examen de la cuenta de resultados de la compañía y al hecho de que no existe una paralización de los órganos sociales que pudiera impedir a la compañía cumplir el fin social, pues una de las socias es titular de un 60% de las participaciones sociales y ostenta el cargo de administradora única.

Frente a ello la demandada solicita la desestimación de la demanda alegando, sucintamente, que la decisión adoptada por la presidenta de la junta fue correcta ya que el poder de representación que aportó el abogado Sr. Valeriano, en nombre de la Sra. Estrella, no tenía la firma legitimada y no se hacía constar en el poder que la delegación abarcaba la totalidad de las participaciones sociales. Asimismo, reitera que la sociedad Martpich sí que estaba incurso en causa legal de disolución, pues, en diciembre de 2016, no podía cumplir su fin social tras haber renunciado a su trabajo los dos técnicos que tenía la compañía, Silvio y Carlos Antonio, los cuales eran de difícil sustitución por su alta cualificación.

Tras los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil dictó sentencia estimando las pretensiones de la parte demandante por las razones siguientes: en primer lugar, porque para que el poder sea válido deberá constar simplemente por escrito, bien en documento público (en cuyo caso el poder puede ser general para asistir a cualquier junta) o bien, en documento privado (a diferencia del supuesto anterior, el poder de representación debe ser especial para asistir a esa junta en particular); en segundo lugar, tanto en un caso como en otro, la representación comprenderá la totalidad de las participaciones del representado; en tercer lugar, para la validez del poder de representación no es necesario que la firma original que se estampe en el documento esté legitimada; y en cuarto lugar, si fuera necesario que estuviera legitimada, debería haberse informado al socio de cómo lo debería haber llevado a cabo. La sentencia concluye que, al haberse cometido un defecto grave y relevante en el momento de constituirse la junta, cual fue la denegación al socio minoritario de su derecho a asistir y votar durante la misma por medio de un representante, hace que los acuerdos sociales posteriormente adoptados devengan ineficaces e inválidos.

## SEGUNDO

Principales hechos que sirven de contexto.

La sentencia recurrida parte del siguiente relato de hechos probados que reproducimos a efectos de contextualizar la controversia:

"Primero. La sociedad MARTPICH DE CONTROL SL se constituyó por tiempo indefinido mediante escritura pública de 30 de noviembre de 2012, siendo su objeto social, básicamente, el servicio de asistencia técnica, reparación y mantenimiento de equipos industriales y/o de laboratorio de cámaras climáticas, eléctricas y de frigoríficas (doc. 2 de la demanda y testifical de Jesús María y Carlos Antonio).

Segundo. Los socios actuales de dicha compañía son la Sra. Violeta, titular del 60% del capital social y quien ostenta también el cargo de administradora única (hoy liquidadora) y la Sra. Azucena, titular del 40% restante.

Tercero. El día 18 de noviembre de 2016, la administradora social convocó a los socios para asistir a la junta general

extraordinaria a celebrar el día 14 de diciembre de 2016, a las 11 horas, con el siguiente orden del día (doc. 8):

"Primero. Propuesta de disolución de la compañía por estar incurso en la causa legal de disolución contemplada en el artículo 363.1 letra c) de la LSC.

Segundo. Conversión de la administradora única en liquidadora por tiempo indefinido de conformidad con lo establecido en los arts. 376.1 y 378 LSC y art. 23 de los estatutos".

Cuarto. El día 14 de diciembre de 2017, se celebró la junta general extraordinaria que ahora se impugna a la que asistieron personalmente Doña Violeta, titular del 60% del capital social, acompañada de su letrado el Sr. MANUEL JUAN DE LUQUE ESCALONA, y la socia Sra. Azucena, titular del 40% restante, representada por el abogado JAVIER ISMAEL RAMOS CHILLÓN. No es un hecho discutido que, al inicio de la junta, el citado letrado exhibió una autorización firmada por la Sra. Estrella para representarla en dicha junta (doc. 12 aportado por la demandada en el acto de la audiencia previa y bloque documental 10 de la actora, obrante en la pieza separada de medidas cautelares. Tampoco fue un hecho controvertido en la audiencia previa).

Quinto. Sin embargo, la Sra. Violeta, en su calidad de presidenta de la junta, denegó la asistencia y voto al representante de la Sra. Estrella "al no estar legitimada la firma", haciendo constar en acta el Sr. Valeriano su protesta, con expresa reserva de las acciones legales.

Sexto. La junta prosiguió con presencia únicamente de la socia mayoritaria, quien aprobó los dos asuntos comprendidos en el orden del día".

## TERCERO

Motivos de apelación.

Recorre en apelación la demandada, que impugna todos los pronunciamientos de la sentencia dictada en primera instancia. Los concretos motivos del recurso son los siguientes:

Error en la interpretación del derecho aplicable.

Reproducción de las alegaciones realizadas en la instancia en cuanto a los vicios o defectos de la constitución de la junta y a la causa de disolución de la sociedad.

## CUARTO

Sobre los vicios o defectos de constitución de la junta.

La apelante solicita que se revoque la sentencia de instancia y se desestime la demanda, ya que considera que el poder de representación que exhibió el señor Valeriano en el acto de constitución de la junta no cumplía los requisitos del art. 183 de la LSC, pues la firma no estaba legitimada por

ninguno de los medios previstos en derecho y no se concretaba si la representación se otorgaba para todas las participaciones sociales de las que era titular la socia (Sra. Estrella) o para un número determinado de ellas.

La apelada mantiene que se mantenga la sentencia de la Juez a quo al entenderla ajustada a derecho, pues los estatutos sociales y la normativa societaria no exigen que la firma del socio esté legitimada y las delegaciones de voto presentadas al inicio de las dos juntas celebradas el día 14 de diciembre de 2016 cumplieran todas las formalidades exigidas en los Estatutos Sociales.

Decisión del tribunal.

La representación voluntaria en la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada aparece regulada en el art. 183 del TRLSC bajo el siguiente tenor: "1. El socio sólo podrá hacerse representar en la junta general por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional.

Los estatutos podrán autorizar la representación por medio de otras personas.

2. La representación deberá conferirse por escrito. Si no constare en documento público, deberá ser especial para cada junta.

3. La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado".

Por su parte, los estatutos sociales de la entidad demandada Martpich regulan la representación voluntaria de los socios durante la junta en el artículo 14 que tiene la siguiente literalidad: "ASISTENCIA Y REPRESENTACIÓN: todos los socios tienen derecho a asistir a la junta general por sí o representados por otra persona, socio o no. La representación comprenderá la totalidad de las participaciones del representado, deberá conferirse por escrito y si no consta en documento público, deberá ser especial para cada junta."

El art. 183 del TRLSC recogió la regulación que contenía el antiguo art. 49 de la LSRL. Una de las últimas sentencias dictadas sobre este último precepto por el Tribunal Supremo es la Sentencia Nº 191/2014, de 15 de abril (ECLI:ES:TS:2014:1631). Sobre la representación del socio en la junta, la indicada sentencia establece: "La norma contiene una previsión legal general que restringe la representación de un socio para asistir a la junta general a tres tipos de personas: otro socio; un pariente próximo (cónyuge, ascendiente o descendiente); y cualquier otra persona con un poder general para administrar todos los bienes del socio representado. Si a renglón seguido la ley prevé que los estatutos pueden autorizar la representación por medio de otras personas, quiere decir que puede concederse la

representación a alguien que, sin ser otro socio ni pariente próximo, no tenga un poder general para administrar todo el patrimonio del deudor. Esto es, no necesariamente, si así lo prevén los estatutos, el apoderado tiene por qué tener un poder general para administrar todos los bienes del poderdante".

La norma legal legitima al socio para asistir a la junta por sí mismo o representado. El precepto estatuario, además, permite que la representación sea por una persona, aunque no sea socio de la entidad demandada. La señora Estrella nombró representante a su letrado el señor Valeriano. La sociedad Martpich reconoce que el señor Valeriano puede representar a la actora de conformidad a la norma legal y estatutaria expuestas.

El apartado 3 del art. 183 del TRLSC contempla los elementos formales que debe contener dicha representación del socio, los que se han venido a llamar por la doctrina científica los requisitos del poder. Tales requisitos son: poder escrito y especial para cada junta, salvo que conste en documento público.

En relación con el idéntico apartado 3 del art. 49 de la LSRL, la citada STS dijo: "el apartado 3 del art. 49 LSRL establece unos requisitos necesarios, que no pueden ser objeto de disposición, sobre la forma en que debe otorgarse la representación, ya se otorgue a otro socio, ya lo sea a un pariente próximo o a otra persona diferente, que puede ser un apoderado general para administrar todos los bienes del representado, u otra persona prevista en los estatutos de la sociedad. Estos requerimientos que debe adoptar el poder son los siguientes: debe alcanzar a la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado y debe hacerse por escrito que, si no es un poder especial, deberá constar en documento público". A ello añadió: "La referencia a que la representación se otorgue "en la forma y con los requisitos establecidos en el artículo 49 de la ley" debe entenderse como hace la audiencia, como una remisión a las exigencias contenidas en el apartado 3 del art. 49 LSRL, que además tienen carácter imperativo y no pueden ser objeto de disposición: i) la representación deberá comprender la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado; ii) el poder deberá constar por escrito, y si no es especial para asistir a la junta, deberá estar formalizado en escritura pública".

Las partes no discuten que el poder cumple los requisitos de hacerse por escrito y de manera especial para la junta cuya impugnación hoy se solicita.

La primera cuestión controvertida es la que versa sobre la legitimación de la firma. De los preceptos que acabamos de transcribir y de la citada STS, podemos concluir que no caben poderes verbales, que no sería admisible una cláusula estatutaria en tal sentido, que el poder escrito puede constar en documento público o privado y que en el caso del poder en documento privado la Ley no exige nada más, ni siquiera la legitimación notarial de la firma. Por tanto, no

podemos exigir, como solicita la apelante, que la firma de la señora Estrella tuviera que estar legitimada por alguno de los medios previstos en derecho, máxime cuando el día 14 de diciembre de 2016 se celebraron dos juntas (una a las 10.30 y otra a las 11.30), emitiendo la Sra. Estrella dos poderes por escrito de representación a favor del Sr. Valeriano idénticos (obrantes como documento 10) y al primero no se le opuso la objeción de la firma legitimada y al segundo sí.

La segunda cuestión controvertida en esta apelación es la concerniente a que en el poder de representación no se concretaba si la representación se otorgaba para todas las participaciones sociales de las que era titular la socia (Sra. Estrella) o para un número determinado de ellas.

Recordemos que el art. 183 del TRLSC lo que indica es la "representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado" y no que en la representación se indique que dicha representación tiene por objeto una o varias de las participaciones sociales de las que es titular el representado, a modo de representación parcial. Ello se debe a que la posición y condición de socio en una sociedad de responsabilidad limitada es única respecto de la indicada entidad dada, precisamente, las características propias de este tipo de sociedad.

En el mismo sentido, también, se pronuncia el art. 186.4 del Reglamento del Registro Mercantil cuando exige que la "representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado y deberá conferirse por escrito".

Asimismo, la doctrina científica indica que el apartado 3 del artículo 183 obliga a que la representación se extienda a la totalidad de las participaciones sociales del socio y que, por tanto, no cabe la representación parcial en cuanto referida a una parte de las participaciones configurándose como una norma imperativa a la luz de la mencionada STS.

Esto comporta que debemos confirmar la sentencia apelada, desestimando el citado recurso de apelación, sin necesidad de entrar a analizar si concurre la mencionada causa de disolución, pues el defecto cometido en el momento de constituirse la junta impugnada debe ser calificado de grave y relevante a los efectos del art. 204 del TRLSC, lo que comporta la falta de eficacia y de validez de los acuerdos posteriormente adoptados durante la misma».

### **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA [Recurso 907/2017] DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2018 [Ponente: José María Fernández Seijo]**

*Competencia desleal: actos de discriminación y dependencia económica y actos de inducción a la infracción contractual.*

«Ozonetcar, S.C.C.L. (Ozonetcar) interpuso demanda de juicio declarativo contra Frigoríficos Costa Brava, S.A. (FCB o Frigoríficos) ejercitando, al amparo del artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) la acción declarativa de competencia desleal y la acción de daños y perjuicios, reclamando la suma de 642.175'65 €, intereses y costas. En la demanda se denunciaba la infracción por la demandada de los artículos 16.3 a/, 14.1 y 4 de la LCD.

2.- Frigoríficos se opuso conforme a los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitando que se desestimara la demanda.

3.- Tras los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil 3 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda.

3.1. Respecto de la infracción del artículo 16.3 a/ de la LCD (discriminación y dependencia económica), en la sentencia se indica: "Si se ha producido incumplimiento por la demandada en la forma en que operó la denuncia que se describe en la demanda, será de especie exclusivamente contractual, por infracción del plazo de preaviso que las partes se dieron allí, pero no lesión en términos del ilícito concurrencial que el precepto que se invoca prevé, según su naturaleza y de acuerdo con lo razonado.

Habiendo sido declarada la actora en situación de concurso de acreedores, incumbe a la administración concursal, en defensa de la masa activa del concurso y ex art. 43 LC, determinar si se ha producido incumplimiento contractual de la demandada que pueda traducirse en la existencia de un saldo indemnizatorio favorable a la actora, lo que aquí no se enjuicia, más allá de que ya ha sido advertido como terreno dudoso el de la determinación de las concretas circunstancias en las que se produjo la extinción del contrato que ligaba a las partes".

3.2. Respecto de la infracción del artículo 14.1 de la LCD (inducción a la infracción contractual), en la sentencia recurrida se rechazan las pretensiones del actor, advirtiendo que la parte actora se refiere equívocamente a trabajadores de Ozonetcar, cuando lo cierto es que se trata de socios de una cooperativa y no se pueden confundir los derechos y obligaciones de cooperativistas y trabajadores. En la sentencia, además, se indica que: "el primer óbice no es el determinar si se produjo o no una inducción por parte de la demandada respecto de los socios cooperativistas de la actora, sino determinar qué concreto deber esencial propio de su estatuto y del marco de relaciones que definía su vinculación con la actora infringieron esos cooperativistas.

De eso no se ocupa la actora, pero sí la demandada y con notable oportunidad. El deber que se dice infringido no puede ser otro que el de la falta de preaviso de los cooperativistas para el ejercicio de su derecho de separación o baja, en las condiciones que previeron los estatutos de la cooperativa (doc. 10 contestación, arts. 14 y ss.) y de acuerdo con el principio de libertad de separación propio de la legislación específica en la materia (Leyes 18/2002 y

12/2015). Entonces, el respeto del plazo de preaviso (dos meses) para operar la denuncia difícilmente pueda considerarse como obligación esencial del cooperativista, máxime cuando no consta oposición del Consejo Rector de la actora a las bajas solicitadas y todo en el contexto de abierto fracaso de la causa o fin económico que perseguían, mediante su cooperación profesional, los socios miembros de la actora ante la dudosa gestión de la entidad realizada por ese Consejo Rector, controlado por la familia Eugenio Isidora Justino (así en el interrogatorio de la propia Sra. Isidora y la ya aludida intervención de su hermano Sr. Justino).

3.- Y, a mayor abundamiento, no solo no consta esa inducción de la demandada a los trabajadores de la cooperativa, sino la consumación de una solución pactada por todos los implicados a esa abierta situación de fracaso económico, en los términos descritos en el fundamento anterior. Solo la testifical del Sr. Teofilo, antiguo cooperativista y reconocidamente vinculado a los Eugenio Isidora Justino según manifestó, se alinea en un sentido contrario, cuando refirió que en esos días se produjo una reunión con el gerente de Costa Brava en la que indicó a los cooperativistas que debían abandonar tal condición si deseaban conservar su ocupación, pero sin rastro en cualquier caso de las coacciones que se describen en la demanda.

En adición a lo anterior, ese último estado de cosas, que es el que se describe de forma más abultada en la demanda, antes evoca la comisión del ilícito previsto en el art. 14.2 LCD y no en su apartado primero. Y para la apreciación del ilícito no basta con la mera constatación de una situación de inducción a la terminación regular de la relación de que se trate (aquí la separación de la cooperativa), sino la presencia de un ánimo de obstaculización o expulsión de un competidor del mercado o el aprovechamiento de algunos de sus recursos, lo que definitivamente en el caso no puede apreciarse, cuando visiblemente la demandada se condujo en todo momento con el solo interés de preservar de forma más o menos incólume su propia actividad".

3.3. Finalmente, respecto de las imputaciones de deslealtad realizadas al amparo del artículo 4 de la LCD (referido al quebranto de la buena fe), en la sentencia se desestiman también las pretensiones de la acción declarativa por considerar que en la demanda los hechos imputados a la demandada se intentan encajar principalmente en los tipos concretos de deslealtad del artículo 16.3.a/ y 14.1, invocando el artículo 4 de modo subsidiario, partiendo de los mismos hechos y sin hacer referencia al posible carácter autónomo de esta infracción del principio de buena fe. Concretamente, se afirma en la sentencia que: "No pueden enjuiciarse unos mismos hechos, sin matiz alguno que permita deslindar imputaciones, desde la perspectiva añadida del art. 4 LCD cuando ya ha sido desestimada la oportunidad de calificarlos como subsumibles en los ilícitos que se imputan previamente a la demandada".

SEGUNDO. - Principales hechos que sirven de contexto.

4.- La sentencia recurrida recoge el siguiente relato de hechos probados: "1.- Ozonetcarn SCCL y Frigorífics Costa Brava S.A. suscribieron en fecha de 1/06/10 un contrato de arrendamiento de servicios, en el que respectivamente intervenían como arrendataria y arrendadora, que tenía por objeto la prestación de servicios de despiece y manipulación de carnes por los cooperativistas de la primera en las instalaciones de la segunda. El contrato, que fue parcialmente novado en 2013, contenía las siguientes estipulaciones relevantes:

"2.- DURADA DEL CONTRACTE:

L'execució de la prestació de serveis arrendada tindrà una durada d'un any, a comptar des de la signatura del mateix, prorrogant-se a voluntat de les parts, i de comú acord, per períodes successius de temps. No obstant, qualsevol de les parts podrà resoldre el present contracte unilateralment abans de la data pactada de venciment, comunicant a l'altre parte, almenys amb una antelació mínima de tres mesos a la finalització del mateix".

"5.- DEURES DE LA PART ARRENDATARIA I DE LA PART ARRENDADORA: (...)

- Complir amb les obligacions fiscals i laborals que es derivin de l'empresa i l'activitat (...)"

"7.- EXTINCIÓ DEL CONTRACTE:

Les causes de resolució del contracte son les següents:

- Incompliment per qualsevol de les parts de les obligacions establertes en el present contracte i/o en el seu defecte a la normativa d'aplicació.

Aquest incompliment facultarà a l'altre parte per resoldre el contracte, sense necessitat de preavís, essent suficient una notificació fefaent indicant la voluntat y causa de la resolució a la parte incomplidora (...)"

2.- Ozonetcarn SCCL fue declarada en concurso de acreedores por este mismo juzgado mercantil en fecha de 15/4/16. La concursada está fuertemente vinculada al Sr. Eugenio y a su familia. Su insolvencia se originó a raíz de un acuerdo de derivación de responsabilidad adoptado por la AEAT, que apreció sucesión de empresa con la cooperativa Sereveis de la Carn, igualmente vinculada al núcleo familiar de los Eugenio Isidora Justino.

3.- En fecha de 5/10/15, Frigorífics Costa Brava S.A. recibió mandamiento de embargo de la AEAT de los saldos a favor de Ozonetcarn SCCL, por importe de 1.323.637'1 euros. El embargo tenía su origen en aquella derivación de responsabilidad de Serveis de la Carn Scoop. En esas fechas, recibió igualmente del Sr. Gumersindo, antiguo colaborador del Sr. Eugenio, un dossier en el que se hacía constar que uno y otro habían sido condenados por delito fiscal y otras

irregularidades al frente de la gestión de Serveis de la Carn Sccop.

4.- En fecha de 13/10/15 la práctica totalidad de los socios cooperativistas de Ozonetcarn SCCP que prestaban servicios en las instalaciones de Frigorífics Costa Brava S.A. solicitaron su baja voluntaria. Posteriormente, en su mayor parte se incorporaron a la competidora Globalprest SCCL, manteniéndose la prestación de servicio a Frigorífics Costa Brava S.A. sin solución de continuidad.

5.- D. Justino, hijo del Sr. Eugenio y que en dicho momento era apoderado de Ozonetcarn SCCL, aconsejó en esos días a los socios cooperativistas a fin de que abandonaran la cooperativa y conservaran su actividad en Frigorífics Costa Brava S.A."

[...]

SÉPTIMO. - Sobre las cuestiones que deben ser objeto del recurso de apelación.

14.- Partiendo de las anteriores consideraciones, debemos establecer qué cuestiones deben ser objeto de revisión en segunda instancia.

14.1. Ya hemos indicado que queda fuera del recurso todo lo referido a la acción por incumplimiento contractual y sus consecuencias. Cuestión distinta es que el contrato y las circunstancias de su resolución puedan tener trascendencia para valorar si ha habido o no competencia desleal.

Deben desestimarse los motivos de apelación referidos a la incongruencia infra petita de la sentencia, por cuanto la sentencia dio puntual respuesta a las cuestiones delimitadas en la audiencia previa. Las imprecisiones de la actora en la demanda, la claridad con la que se manifestó en la audiencia previa y el desorden expositivo en trámite de conclusiones no permiten, en modo alguno, entrar a revisar en segunda instancia si en la resolución del contrato de servicios se incumplió con la obligación de previo aviso, o si se resolvió injustificadamente.

14.2. El objeto de las actuaciones queda única y exclusivamente limitado a la revisión de las pruebas practicadas respecto del quebranto del artículo 16.3.a/ de la LCD (ruptura injustificada de una relación comercial sin previo aviso) y el quebranto del artículo 14.1 de la LCD (inducción a la infracción contractual), referida al análisis de si la demandada indujo a los cooperativistas a resolver sus vínculos con la cooperativa demandante.

La parte actora deja fuera del recurso de apelación la invocación genérica del artículo 4 de la LCD.

14.3. Vinculado a lo anterior, debe advertirse que los hechos o circunstancias introducidos por la apelante en su escrito sobre la falta de credibilidad de dos testigos (el Sr. Eugenio y el Sr. Martin), así como las alegaciones referidas a la aceptación o no por la actora de la resolución del contrato

de prestación de servicios, no tendrían una incidencia efectiva en los tipos de deslealtad denunciados ya que la justificación o no de la ruptura de la relación comercial se debe a causas que van más allá de esa aceptación por parte de Ozonetcarn de la resolución (aceptación que tendría en su caso incidencia en un momento posterior al de la concurrencia de la causa de resolución), y la inducción a los cooperativistas a romper sus vínculos con la cooperativa tampoco se vería afectada por una aceptación, a posteriori, de la resolución del contrato de arrendamiento de servicios.

OCTAVO. - Sobre la explotación de la dependencia económica.

15.- Ozonetcarn considera que la resolución del contrato de arrendamiento de servicio sin concurrir justa causa y sin el plazo de preaviso previsto en el artículo 16.3.a/ de la LCD debe reputarse desleal. En el escrito se denuncia error en la valoración de la prueba practicada, por cuanto no queda acreditada ni la concurrencia de justa causa, ni la comunicación previa de la resolución del contrato, ni consta la conformidad de la actora.

Decisión del Tribunal.

16.- El artículo 16.3.a/ de la LCD establece que: "Tendrá asimismo la consideración de desleal: a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor."

17.- El contrato de arrendamiento de servicios (...) establece como obligación principal para la arrendataria el cumplimiento de las obligaciones fiscales y laborales. En el punto 7 del contrato se recoge como causa de resolución sin necesidad de previo aviso el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones establecidas en el contrato.

18.- Como documento nº 1 de la contestación a la demanda consta la notificación que la Agencia Tributaria hace a Frigorífics de la diligencia de embargo preventivo de créditos, en esta diligencia se ordena la traba de las cantidades que Frigorífics pueda adeudar a Ozonetcarn, fijándose como cantidad embargada 1.323.637'14 €. En esta diligencia se recogen las advertencias que la Agencia Tributaria hace a Frigorífics en caso de incumplimiento de la orden de embargo, la consecuencia principal es la extensión de la responsabilidad a quien incumpla el requerimiento. La notificación es de 5 de octubre de 2015.

El 14 de octubre de 2015 Frigorífics informó a la Agencia Tributaria que retenía facturas y albaranes por 673.990'02 €,

19.- Aunque la diligencia de embargo sea una medida cautelar, la misma pone de manifiesto la existencia de un incumplimiento fiscal grave atribuible a la hoy demandante. Es cierto que, como medida cautelar, tenía por objeto

garantizar el pago de una sanción que finalmente no se impuso, pero también debe tenerse como cierto que la adopción de esa medida cautelar ponía en riesgo a Frigoríficos ya que podía ser responsable solidaria de la deuda reclamada si no cumplía la orden de retención. Además, corría el riesgo de que los cooperativistas de la actora pudieran reclamar a Frigoríficos el pago de sus retribuciones en caso de que la cooperativa laboral no lo hiciera.

En el desarrollo de la vista y en trámite de conclusiones las partes pusieron de manifiesto la circunstancia creada por el embargo, así como el malestar de los cooperativistas (380 personas que cumplían en la demandada la prestación de servicio recogida en el contrato) ante el riesgo de no ver satisfechas sus retribuciones.

20.- Los hechos referidos en este punto ponen de manifiesto la existencia de un incumplimiento contractual de esas obligaciones fiscales y la grave situación de riesgo que generaba a la demandada, no sólo por la advertencia de la AEAT, sino por la responsabilidad directa frente a posibles responsabilidades por la retribución de los cooperativistas.

21.- En la Sentencia de esta Sección de 8 de mayo de 2018 (ECLI:ES: APB:2018:3268) tuvimos la oportunidad de indicar respecto del alcance de la causa justificada de resolución prevista en el artículo 16.3.a/ de la LCD que: "El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores establece que: "1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante".

El párrafo 2 de este precepto fija el criterio de responsabilidad solidaria del contratista: "2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo".

El artículo 168 de la Ley General de la Seguridad Social recoge un régimen de responsabilidad respecto de las prestaciones de la Seguridad Social similar al previsto en el

artículo 42 del Estatuto. Así, el párrafo primero indica: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente".

El artículo 42 de la Ley General Tributaria fija un régimen de responsabilidad solidaria de quienes incumplan órdenes de embargo o quienes, con conocimiento del embargo, la medida cautelar o la constitución de la garantía, colaboren o consientan en el levantamiento de los bienes o derechos embargados, o de aquellos bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la medida cautelar o la garantía.

15.- Conforme al régimen legal descrito en el ordinal anterior, la situación en la que se encontraban las sociedades demandantes y otras sociedades a ella vinculadas generaban un riesgo y responsabilidad objetiva a las entidades demandadas, circunstancia que determina la concurrencia de justa causa para resolver la relación comercial entre las partes con el fin de evitar las graves contingencias fiscales, laborales y de seguridad social que ya recaían como consecuencia de los embargos trabados sobre el patrimonio de las demandantes".

22.- Acudiendo a estos mismos argumentos debemos rechazar el recurso en este punto, considerando, por tanto, que no debe reputarse desleal la decisión de la demandada de dar por concluido el contrato de arrendamiento de servicios.

NOVENO. - Sobre los actos de inducción a la infracción contractual.

23.- Ya indicamos en fundamentos anteriores que la actora había invocado el artículo 14.1 de la LCD para denunciar la inducción a la infracción contractual por parte de Frigoríficos respecto de los 380 cooperativistas de la actora.

En la sentencia de primera instancia se da cumplida respuesta a la pretensión referida en ese párrafo primero del artículo 14.

En el escrito de apelación Ozonetarn hace referencia indistinta al artículo 14.1 y al artículo 14.2 de la LCD, incluso en ocasiones realiza una invocación genérica al artículo 14 para cuestionar la valoración de la prueba en segunda instancia y advertir que Frigoríficos indujo a la resolución de los contratos con engaños.

Decisión del Tribunal.

24.- En la Sentencia de esta Sección de 27 de enero de 2016 (ECLI:ES: APB:2016:503) recogíamos la jurisprudencia sobre

el alcance del artículo 14 de la LCD: "El artículo 14 LCD, como recuerda la STS de 23 de mayo de 2007 (Roj: STS 4284/2007), comprende tres modalidades de ilícito competencial consistentes en la inducción a la infracción de los deberes contractuales (ap. 1), la inducción a la terminación regular del contrato (ap. 2) y el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena (figura ésta que se recoge con la anterior en el ap. 2, pero que no se corresponde con la rúbrica del precepto que se refiere a " inducción a la infracción contractual").

La modalidad del apartado uno sólo exige la inducción, en tanto las otras dos modalidades requieren que, además, concurra alguna de las circunstancias que expresa. Con relación al art. 14.1 LCD, la STS de 15 de julio de 2013 (Roj: STS 4498/2013) precisa, [p]ara que un comportamiento pueda subsumirse en este precepto es necesario que la inducción lo sea en relación con la infracción de un deber contractual básico que alguien (el destinatario de la inducción) tiene con un competidor, con independencia de que la inducción tenga o no éxito y provoque la resolución. Lo que es esencial es que la inducción se ejerza sobre el incumplimiento de deberes contractuales básicos, pues si no es así, carece de relevancia a los efectos del art. 14.1 LC. En relación con el art. 14.2 LCD, que contempla dos tipos de conductas distintas, una, la inducción a la infracción contractual, también exige el requisito de la inducción y la otra, un aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, presupone la existencia de una relación contractual entre terceros y, además, que concurra como medio, un engaño que provoque error en el inducido, o, como fin, el de difundir o explotar un secreto industrial o empresarial, o, como propósito, la intención de eliminar a un competidor del mercado -circunstancias sin las que el ofrecimiento de mejores condiciones laborales a trabajadores, comerciales a los clientes, y contractuales a los distribuidores, es plenamente lícito (como expone la STS de 11 de febrero de 2011, Roj: STS 716/2011)".

Sobre el alcance específico del artículo 14.1 de la LCD la Sentencia de esta Sección de 29 de diciembre de 2015 (ECLI:ES: APB:2015:12128) advierte que "el Tribunal Supremo, en sentencia 442/2014, de 3 de septiembre (Roj: STS 4235/2014) interpretando este precepto ha señalado que: "[I]nducir significa ejercer una influencia espiritual o psíquica sobre el inducido, a modo de incitación o instigación a hacer algo (...). Sucede que no cabe inducción si el supuesto sujeto pasivo de la influencia está ya determinado a actuar por su propia decisión. No la hay sólo por generar una ocasión favorable para quien estaba decidido y conserva en todo momento el dominio del acto".

25.- Ni en la demanda, ni en el desarrollo del juicio, ni en conclusiones, ni en el recurso de apelación se establece delimitación alguna sobre el alcance de los tipos de deslealtad previstos en el artículo 14 de la LCD, se hace referencia a este precepto como si se tratara de un solo supuesto de deslealtad cuyos requisitos y circunstancias

fueran cumulativas. Tanto en la demanda como las vistas se hace mención a los 380 cooperativistas que decidieron desvincularse de la actora el 13 de octubre de 2015 (el documento 332 y siguientes de la demanda incorporan las comunicaciones al consejo rector) como si fueran meros trabajadores. Tanto en la audiencia previa como en conclusiones el letrado de la parte demandante afirma que tanto da que fueran cooperativistas, como trabajadores y que, a los efectos prácticos, esas 380 personas debían considerarse meros trabajadores.

En la sentencia de instancia se advierten las contradicciones y la falta de precisión del demandante en su escrito y en sus alegaciones, se indica que las 380 personas que se dieron de baja lo hicieron en su condición de socios de la cooperativa.

Conviene advertir que la Llei Catalana de Cooperatives (Llei 18/2002, en vigor en el momento de la constitución de la cooperativa demandante) permite en su artículo 19 la baja en cualquier momento, eximiendo de preaviso los supuestos de fuerza mayor y baja justificada. El artículo 118 de la citada Llei (también en la Llei vigente, la 12/2015) se regulan supuestos de baja por razones económicas, técnicas y organizativas similares a las del Estatuto de los Trabajadores.

Este régimen legal permite al socio cooperativista solicitar la baja en cualquier momento. En el supuesto de autos la baja estaría justificada por la situación de riesgo descrita en el fundamento anterior, intensificada en el caso de los socios cooperativistas no sólo por el riesgo de no percibir sus retribuciones, sino también por el riesgo de que pudiera afectarles personalmente y hasta la cuantía de su aportación la responsabilidad derivada frente a la cooperativa.

La comunicación remitida por todos y cada uno de los socios a la cooperativa indica la causa de la baja y no consta en autos que el consejo rector de la actora haya iniciado actuación legal alguna para declarar que la baja era injustificada (opción que prevé la Llei de Cooperatives y desarrolla el artículo 15 de los estatutos de la actora, aportados con la demanda).

26.- La constatación del embargo hecho por la AEAT y los riesgos que este conllevaba justificaban la decisión de los cooperativistas. La realidad del embargo descarta cualquier tipo de engaño imputable a la demandada.

Tanto la documental que aporta el actor como las manifestaciones de los cooperativistas que acudieron a declarar ponen de manifiesto que la decisión de cursar baja en la cooperativa fue voluntaria, que no hubo ni inducción ni engaño.

En definitiva, debe desestimarse también este motivo de apelación».