

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 86

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 1514/2016] DE 29 DE ENERO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Competencia desleal: cabe presumir la finalidad concurrencial no sólo cuando se beneficia objetivamente la posición de los autores de los comportamientos, sino también cuando se beneficia la posición de otros operadores económicos que concurren en el mercado. De ahí que no sea necesario que exista una relación de competencia entre los sujetos activos de la conducta desleal y el sujeto pasivo, si bien sí que será necesario que los comportamientos denunciados y acreditados sean idóneos para influir en el mercado.

«La sociedad Restaurante Karrika, S.A. desarrollaba un negocio de restauración con esta misma denominación, en un local sito en la localidad de Llodio. Los socios mayoritarios de Restaurante Karrika, S.A. eran los hermanos Eutimio y Feliciano, y el socio minoritario Jesús Carlos.

El local en el que se explotaba el restaurante es propiedad de Jesús Carlos, quien lo tenía arrendado a Restaurante Karrika, S.A. En el año 2014 interpuso una demanda de desahucio. Señalada la fecha de lanzamiento para el 21 de octubre de 2014, Jesús Carlos manifestó a algunos proveedores y clientes que el restaurante se iba a cerrar como consecuencia del lanzamiento.

Una de las empleadas del restaurante era Cristina, a quien se atribuye una conversación en voz alta haber manifestado también que el local se iba a cerrar.

2. Restaurante Karrika, S.A. interpuso una demanda contra Jesús Carlos y Cristina, en la que ejercitaba acciones de competencia desleal, encaminadas a obtener una indemnización del perjuicio sufrido. Los actos que se imputaban a los demandados eran: i) que hubieran comunicado a los proveedores y a clientes que el restaurante se cerraría a lo largo de octubre de 2014, lo que era falso; ii) enviar al local, el 7 de

noviembre de 2014, a cinco cobradores vestidos de torero con intención de hacer notoria una supuesta situación de insolvencia, junto con otros actos difamatorios; y iii) haber inducido a un grupo de trabajadores a romper la relación contractual con la sociedad demandante mediante engaño y, en cualquier caso, con intención de causarle graves perjuicios, para eliminarla del mercado. Estos actos se calificaban en la demanda como actos de confusión (art. 5 LCD), actos de denigración (art. 9 LCD) y actos de inducción a la infracción contractual (art. 14.2 LCD).

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda por varias razones. La primera, porque entendió que no había quedado acreditada la finalidad concurrencial de los actos imputados a los demandados, en concreto, que fueran realizados para promover la difusión en el mercado de prestaciones propias o de un tercero. Y, después, fue analizando cada una de las conductas y concluyó que no se daban los tipos denunciados: la información sobre el cierre no era falsa, pues se había instado el desahucio y estaba señalado el lanzamiento para octubre de 2014; no se había acreditado que los demandados hubieran enviado a cinco cobradores vestidos de torero; y tampoco se acreditó que Jesús Carlos hubiera inducido a varios trabajadores a resolver sus contratos de trabajo.

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia desestimó el recurso. Centró su resolución en el análisis de la primera razón de la desestimación de la demanda y concluyó que los actos denunciados carecían de finalidad concurrencial, razón por la cual debía confirmarse la desestimación de la demanda sin necesidad de entrar a analizar cada una de las conductas denunciadas.

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la demandante. El recurso de casación se articula en tres motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación de los motivos primero y segundo. Estos motivos impugnan el pronunciamiento que basa la desestimación de la apelación en que los actos

imputados a los demandados carecen de finalidad concurrencial, y serán analizados conjuntamente.

El motivo primero denuncia la infracción del art. 3 LCD y de la jurisprudencia que lo interpreta, en concreto, la contenida en la sentencia del Tribunal Supremo 963/2000, de 18 de octubre, porque la sentencia recurrida exige una relación directa de competencia entre los sujetos activo y pasivo.

El motivo segundo denuncia la infracción del art. 2 LCD y la jurisprudencia que lo interpreta (contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo y 8 de abril de 2014), porque la sentencia recurrida confunde la realización de actos en el mercado y el fin concurrencial con la relación de competencia entre agentes.

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación de los motivos primero y segundo. El art. 2.1 de la Ley de Competencia Desleal, al delimitar su ámbito objetivo de aplicación, exige, para que las conductas tipificadas puedan considerarse actos de competencia desleal, que "se realicen en el mercado y con fines concurrenciales".

Al enjuiciar la finalidad concurrencial resulta innecesario atender a la intención de los agentes. Lo relevante es que, conforme al art. 2.2 LCD, los actos objeto de enjuiciamiento, en atención a las circunstancias en que se realizan, sean objetivamente idóneos "para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero".

El apartado 2 del art. 2 LCD "presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero". En la sentencia invocada 170/2014, de 8 de abril, nos referíamos a que "es suficiente que el acto o el comportamiento sea idóneo para influir en la estructura del mercado, perjudique la posición concurrencial de una de las partes, beneficiando objetivamente, al menos de forma potencial, la posición de otros operadores económicos que concurren en este mercado".

Y, por otra parte, el art. 3 LCD expresamente advierte que la aplicación de la ley no está supeditada "a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal". Por lo que resulta irrelevante que ninguno de los dos demandados desarrolle una actividad empresarial que entre en competencia con la sociedad demandante.

De tal forma que, conforme a lo expuesto, lo relevante es si los comportamientos denunciados y acreditados son idóneos para influir en el mercado, en concreto

porque mermen la competitividad de la sociedad demandante en beneficio de sus competidores.

Los únicos actos acreditados han sido las manifestaciones que los demandados hicieron, entorno a octubre de 2014, sobre el próximo cierre del local como consecuencia del juicio de desahucio.

Es cierto que el razonamiento de la sentencia de apelación no es del todo correcto, pues parece que funda la ausencia de finalidad concurrencial en que ninguno de los demandados desarrolla una actividad "destinada a ese mercado de la restauración". Como hemos visto, cabe presumir la finalidad concurrencial no sólo cuando se beneficia objetivamente la posición de los propios demandados, autores de los comportamientos, sino también cuando se beneficia la posición de otros operadores económicos que concurren en ese mercado. De ahí que, como hemos advertido antes, no sea necesario que exista una relación de competencia entre los sujetos activos, demandados, y el sujeto pasivo, la sociedad demandante.

Pero, a pesar de lo anterior, si nos atenemos a las circunstancias del caso, las manifestaciones sobre el cierre del local carecen de relevancia objetiva para potenciar la posición de otros operadores que concurren en ese mismo mercado de la restauración. Estas manifestaciones orales son vertidas en un contexto de conflicto entre socios y con ocasión del juicio de desahucio instado por el propietario del local y socio minoritario de la sociedad que explota el restaurante, sin que hubieran adquirido una especial difusión, ni se hubieran empleado medios para ello. Esto es más claro todavía en el caso de la demandada Cristina, a quien sólo se le imputa una conversación en voz alta sobre el próximo cierre del local».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2159/2016] DE 29 DE ENERO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos: la responsabilidad derivada a los administradores respecto de las deudas tributarias de la sociedad está cubierta por la póliza de responsabilidad civil. El contenido natural del seguro no puede limitarse a la responsabilidad civil regulada en la Ley de Sociedades de Capital, sino que alcanza también a la que se prevé en la normativa administrativa, como la tributaria, que constituye una responsabilidad prevista, por razón del cargo de administrador, para incentivar una actuación más diligente en relación con el cumplimiento de las

obligaciones tributarias de la sociedad. Esta responsabilidad tributaria derivada es relativamente común, de modo que, objetivamente, en la previsión de quien concierne el seguro es lógico que se encuentre también la cobertura de este riesgo. Por tanto, su exclusión en el apartado de condiciones generales, sin una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de derechos.

«Bruno y Apolonio son administradores solidarios de Puente Fierros, S.L. El 28 de noviembre de 2011, Puente Fierros concertó con la compañía aseguradora Zurich una póliza de responsabilidad civil que cubría aquella en que podían incurrir sus administradores sociales, así como los gastos de defensa. Bajo la vigencia de esta póliza, el 15 de julio de 2014, como consecuencia del impago de unas deudas tributarias de Puente Fierros, la AEAT acordó la responsabilidad subsidiaria de los dos administradores de la sociedad (Bruno y Apolonio), que ascendía a un total de 66.713,32 euros. La defensa de estos dos administradores en el procedimiento administrativo que concluyó con la derivación de responsabilidad les supuso un coste de 924,44 euros.

2. Bruno y Apolonio presentaron una demanda en la que pedían, en cumplimiento de la póliza de seguros mencionada, la condena de Zurich a cubrir tanto la responsabilidad derivada por AEAT (66.713,32 euros), como los gastos de defensa (924,44 euros).

3. Zurich se opuso a la demanda porque la responsabilidad derivada por la AEAT a los administradores de la sociedad respecto de las deudas tributarias de la sociedad no estaba cubierta por la póliza, conforme a lo dispuesto en el condicionado general.

El artículo 1 de las condiciones generales, relativo a la cobertura del seguro, dispone lo siguiente:

"El Asegurador pagará por cuenta de cualquier Persona Asegurada, toda Pérdida procedente de, o a consecuencia de, cualquier Reclamación presentada contra la misma por primera vez durante el Periodo de Seguro, salvo cuando dicha Persona Asegurada sea indemnizada por la Sociedad Asegurada".

La definición de "Pérdida" contenida en el apartado 2.19.1 de la póliza es la siguiente: "Daños (...) que el asegurado esté legalmente obligado a pagar".

La aseguradora argumentó que no quedaban incluidas dentro del concepto de "Pérdida" el impago de impuestos, multas o sanciones, tal y como se expresa en el apartado 2.19.3 de las condiciones generales: "Pérdida no incluye impuestos, contribuciones a la Seguridad Social, multas o sanciones impuestas en virtud de la ley o la parte que corresponda al

incremento de cualquier indemnización en concepto de daños punitivos, ejemplarizantes o sancionadores, daños que no sean asegurables en virtud de la ley aplicable a esta póliza, o Gastos de Limpieza".

La demandada entiende que se trata de una cláusula delimitadora del riesgo y, conforme a ella, queda claro que la derivación de responsabilidad a los administradores respecto de las deudas tributarias de la sociedad no está cubierta por la póliza de responsabilidad civil.

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, pues entendió que el apartado 2.19.3 de las condiciones generales es una cláusula limitativa de derechos. En las condiciones especiales se habla de reclamación, sin mayor distinción, por lo que en principio la derivación de responsabilidad por parte de la AEAT estaría cubierta, y la exclusión que el apartado 2.19.3 hace de los impuestos sería limitativa, en cuanto que merma el alcance de la cobertura inicial del impuesto. En consecuencia, el juzgado condenó a la aseguradora al pago de las cantidades reclamadas.

5. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estima el recurso y absuelve a la demandada. La sentencia de apelación, después de recordar la jurisprudencia aplicable al caso, concluye que la cláusula 2.19.3 no es limitativa de derechos, sino delimitadora del riesgo, y por ello válida, aunque no esté firmada por el tomador del seguro. En este sentido, razona lo siguiente:

"En definitiva en este caso la regulación o definición que del riesgo de pérdida financiera descrito en el condicionado particular, equiparándolo al de "daños que el asegurado este obligado a pagar" se hace en el condicionado general, no puede estimarse suponga una limitación de la propia garantía una vez producido el primero, sino que define y delimita el propio objeto de cobertura, en el sentido que refiere la jurisprudencia citada en el precedente fundamento de derecho, en cuanto determina cual es el concretado riesgo cubierto bajo tal concepto de pérdida, estableciendo una exclusión objetiva debidamente destacada y sombreada, en relación a las procedentes de pago de impuestos, de la que resulta en forma clara e inequívoca en su propia literalidad que los impuestos no tienen consideración de pérdida, lo que en absoluto puede reputarse sorpresivo o contrario al contenido usual o normal de este seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos (...). (E)n este caso no puede estimarse que la exclusión de la pérdida derivada del impago de impuestos sea contraria o anormal al contenido propio de este seguro según la definición que del mismo se contiene en el art. 73 de la LCS, pues el pago de un

impuesto ni es propiamente un daño que el asegurado este legalmente obligado a pagar a un tercero, ni tampoco representa una pérdida financiera para la empresa sino que constituye una obligación legal a la que debe hacer frente la misma. Es más en este caso los impuestos reclamados a los administradores son aquellos derivados de retenciones de IVA e IRPF, ya cobrados por la sociedad que administraban que posteriormente no fueron ingresados ni declarados la Agencia Tributaria, y el hecho de que la reclamación de su importe a los administradores sea consecuencia de un expediente seguido en la Agencia Tributaria para la declaración o derivación de su responsabilidad subsidiaria en el mismo, no obsta a tal exclusión, pues tratándose como se trata la póliza suscrita de una póliza que cubre la responsabilidad civil de estos últimos, la exclusión de pago de impuestos solo puede referirse a aquellos supuestos en que a los mismos les puedan ser exigidos los que no fueron pagados por la sociedad que administraban, que no es otro que el previsto en el art. 43.1b) de la Ley General Tributaria, en que se fundó en este caso la declaración por la Agencia Tributaria de su responsabilidad subsidiaria en el citado impago por la sociedad".

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

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 3 de la LCS y la jurisprudencia contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 853/2006, de 11 de septiembre, y 516/2009, de 15 de julio, porque "la cláusula litigiosa establece una reglamentación del contrato que se opone, con carácter negativo para el asegurado, a aquello que puede considerarse usual o derivado de las cláusulas introductorias o particulares y, pese a ello, la sentencia recurrida la considera válida y se le opone al asegurado sin contar con su firma".

En el desarrollo del motivo se razona que "el ámbito natural de un contrato de seguro de responsabilidad de administradores y directivos es el de salvaguardar su patrimonio personal frente a reclamaciones personales derivadas de actos incorrectos en su gestión societaria. (...) resulta evidente que excluir repentinamente la declaración de responsabilidad subsidiaria por deudas tributarias de su ámbito de cobertura no se acomoda al propio contrato, sino que deja a sus asegurados huérfanos de una garantía con la que contaban por ser los tributos un elemento inherente a la actividad societaria".

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

2. Estimación del motivo. Como hemos reiterado en ocasiones anteriores (sentencia 541/2016, de 14 de septiembre), "desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas parece, a primera vista, sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido". Estas cláusulas limitativas deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, estar destacadas de un modo especial y ser expresamente aceptadas por escrito. Estas formalidades resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (sentencias 268/2011, de 20 de abril, y 516/2009, de 15 de julio). Pero en la práctica esta distinción no es tan clara. Así, por ejemplo y por lo que interesa en el presente caso, hay cláusulas que por delimitar de forma sorprendente el riesgo se asimilan a las limitativas de derechos (sentencia 715/2013, de 25 de noviembre).

3. La jurisprudencia, al determinar en la práctica el concepto de cláusula limitativa, lo refiere al contenido natural del contrato, "derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora" (sentencias 273/2016, de 22 de abril y 541/2016, de 14 de septiembre).

En nuestro caso, el seguro concertado se encuadra dentro del denominado seguro de responsabilidad civil, regulado en los arts. 73 y ss. LCS. De tal forma que, para determinar el contenido natural, hemos de partir de su configuración legal. El art. 73 LCS dispone lo siguiente:

"Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho".

Conforme a esta regulación, más allá de precisar que la obligación cubierta es la de indemnización a un tercero de los perjuicios ocasionados por un hecho, en la medida en que este debe estar previsto en el contrato de seguro, el contenido natural del seguro

viene determinado principalmente por el propio contrato.

Del contrato se extrae directamente que se trata de la responsabilidad de los administradores y directores de sociedades, por actos realizados en el ejercicio de su cargo, sin que las condiciones especiales especifiquen más al respecto. Son las condiciones generales las que sí concretan qué actos quedan cubiertos y, sobre todo, por lo que ahora interesa, cuáles quedan excluidos. En la cláusula 2.19.3, expresamente se excluyen de la consideración de daño susceptible de indemnización "los impuestos", esto es, las obligaciones tributarias. Lo que comprendería la responsabilidad derivada por la AEAT a los administradores de la sociedad respecto de las deudas tributarias de la sociedad.

El daño que los demandantes pretenden sea cubierto por el seguro de responsabilidad civil concertado con Zurich es la obligación tributaria derivada por la AEAT, en virtud de lo previsto en el art. 43.1.b) LGT. Este precepto atribuye la responsabilidad subsidiaria de la deuda tributaria a: "Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas en éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago".

De tal forma que debemos analizar si la exclusión de este daño, que contribuye a delimitar el riesgo cubierto por el seguro, restringe de forma sorprendente la cobertura del seguro, en relación con su contenido natural, y por ello reviste la consideración de cláusula limitativa de derechos, lo que hubiera precisado la aceptación expresa del tomador mediante su firma, conforme al art. 3 LCS.

El seguro concertado es de responsabilidad de los administradores de una sociedad mercantil en que hubieran podido incurrir en el ejercicio de su cargo. Hoy día, su contenido natural no se limita a la responsabilidad civil regulada en la Ley de Sociedades de Capital, sino que alcanza también aquella que, como hemos expuesto, se prevé en la normativa administrativa, en este caso, la Ley General Tributaria. Se trata de una responsabilidad prevista, por razón del cargo de administrador, para incentivar una actuación más diligente en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad. Es una responsabilidad relativamente común. Tanto que, objetivamente, en la previsión de quien concierne el seguro, es lógico que se encuentre también la cobertura de este riesgo. De tal forma que su exclusión en el apartado de condiciones generales, sin

una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de derechos.

Bajo esta caracterización, hubiera sido necesaria la aceptación expresa del tomador de seguro, por lo que, en su ausencia, debemos aplicar los efectos previstos en el art. 3 LCS y, por lo tanto, tenerla por no puesta. En consecuencia, casamos la sentencia de apelación y, en su lugar, conforme a lo argumentado, desestimamos la apelación y confirmamos la sentencia de primera instancia».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 506/2016] DE 29 DE ENERO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Jurisprudencia de la sala sobre la acción individual de responsabilidad del administrador social en relación con el incumplimiento de la obligación de entrega del aval o garantía prevista en la Ley 57/68 para asegurar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda comprada sobre plano: la conducta objeto de enjuiciamiento no debe ser el incumplimiento contractual de la sociedad, sino el quebrantamiento de los deberes de diligencia de su administrador en relación con el cumplimiento de una obligación legal.

«El 18 de diciembre de 2007, Valentín concertó con la promotora Febra, S.A. la compra de una vivienda, con una plaza de garaje, que en ese momento se estaba construyendo en la localidad de Las Rozas. Conforme a lo pactado, la vivienda debía estar terminada antes del 31 de octubre de 2008, y se establecía un plazo adicional de tres meses para la entrega de las llaves y la firma de la escritura pública (31 de enero de 2009). Valentín entregó a cuenta del precio pactado 48.150 euros. La promotora no le entregó ningún aval individualizado, a pesar de que había abierto una póliza de línea de riesgo para la constitución de fianzas con Caixa Galicia. En septiembre de 2008, la promotora remitió un burofax a Caixa Galicia para que emitiera el aval individualizado.

La vivienda fue terminada el 30 de junio de 2008, según certifica la dirección facultativa, pero la licencia de primera ocupación no fue otorgada hasta el 24 de febrero de 2010.

El 25 de febrero de 2009, Valentín remitió un burofax a la vendedora para comunicar la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda.

El 10 de marzo de 2009, Febra, S.A. manifestó su deseo de otorgar la escritura pública y, con ella, entregar la vivienda y la plaza de garaje.

El administrador de la sociedad Febra, S.A. era Sergio.

2. Valentín ejercita en su demanda una acción individual frente al administrador de Febra, S.A., Sergio, para que le indemnice el perjuicio sufrido al no haber recuperado el dinero entregado a cuenta como consecuencia del incumplimiento de la obligación de entregarle un aval individualizado. En concreto, se pide la condena al pago de 48.150 euros, más los intereses devengados desde el 31 de enero de 2009.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, porque la deuda en que consiste el daño objeto de la indemnización reclamada "ni es líquida, ni está vencida ni es exigible", pues dimana de un contrato entre la sociedad promotora y el ahora demandante que no ha sido previamente resuelto.

4. Recurrída la sentencia en apelación, la Audiencia estima el recurso, al apreciar la concurrencia de los requisitos de la acción individual ejercitada: "nos encontramos ante un incumplimiento, como es la falta de entrega del aval, que es imputable al administrador de la sociedad y debe dar lugar a la responsabilidad de éste (STS de 23 de mayo de 2014) al no poder ser ejecutado por el comprador para obtener la restitución de las cantidades anticipadas".

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el administrador demandado, sobre la base de tres motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción del art. 135 TRLSA, y de los arts. 1257 y 1902 del Código Civil, al no haberse tenido en cuenta "la exención de responsabilidad del administrador cuando demuestra acciones significativas para evitar el daño o hace todo lo que está en su mano para cumplir con la diligencia debida".

En el desarrollo del motivo, el recurrente cuestiona la procedencia de la responsabilidad declarada. Así, en primer lugar, razona que la responsabilidad derivaría de un denunciado incumplimiento contractual, del cual no es parte el administrador demandado, sino la sociedad. Luego, aduce que la obra fue terminada en plazo y la licencia de primera ocupación también fue solicitada en plazo, sin perjuicio de que se retrasara su concesión por el Ayuntamiento. Añade que lo que subyace al presente caso es un desinterés del comprador en perfeccionar la compra al precio pactado, al comprobar que, como consecuencia de la crisis, las viviendas equivalentes a la que él compró se vendían después a un precio menor.

No ha habido ningún incumplimiento en relación con la construcción y entrega de la vivienda y el garaje contratados, puesto que la obra se terminó dentro del plazo convenido y la licencia fue solicitada también dentro de este plazo, sin que el retraso en la concesión de la licencia le sea imputable.

Y tampoco ha habido incumplimiento respecto de la entrega del aval individualizado, pues consta acreditado que se firmó la póliza colectiva con Caixa Galicia, las cantidades fueron depositadas en la cuenta especialmente designada para ello y el administrador requirió por teléfono y por escrito en varias ocasiones a la entidad de crédito para el otorgamiento del aval individual.

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

2. Estimación del motivo primero. Para dar respuesta al motivo, hemos de partir de la jurisprudencia de la sala sobre la acción individual en relación con el incumplimiento de la obligación de entrega del aval o garantía prevista en la Ley 57/68 para asegurar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda comprada sobre plano.

Esta jurisprudencia se contiene en la sentencia 242/2014, de 23 de mayo, y en la posterior sentencia 131/2016, de 3 de marzo, que la ratifica y compendia. Parte de la naturaleza propia de la acción individual y la liga con el incumplimiento de los deberes de los administradores en estos casos:

"(L)a acción individual de responsabilidad de los administradores por actos llevados a cabo en el ejercicio de su actividad orgánica -y no en el ámbito de su esfera personal, en cuyo supuesto entraría en juego la responsabilidad extracontractual, del art. 1902 CC- plantea especiales dificultades para delimitar los comportamientos de los que deba responder directamente frente a terceros, a fin de distinguir entre el ámbito de responsabilidad que incumbe a la sociedad con quien contrata el tercero perjudicado y la responsabilidad de los administradores que actúan en su nombre y representación. Y aclaramos que la acción individual de responsabilidad, como modalidad de responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la contraída por los administradores en el desempeño de sus funciones del cargo, constituye un supuesto especial de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 135 LSA -241 LSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 CC (sentencias de esta Sala de 4 de marzo y 7 de mayo de 2004 y 6 de abril de 2006, entre otras).

"En casos como el presente, los administradores tienen la obligación de cumplir y respetar las normas

legales que afectan a la actividad social o sectorial. El cumplimiento de este deber objetivo de cuidado, que consiste en no dañar a los demás, exige emplear la diligencia de un ordenado empresario y cumplir los deberes impuestos por las leyes (art. 225.1 LSC) en relación con los terceros directamente afectados por su actuación. La infracción de este deber supone un incumplimiento de una obligación de la sociedad, que es imputable a los administradores, por negligencia, en el ejercicio de sus funciones en el cargo, en su actuación como órgano social.

"En principio, del daño causado a terceros responde la sociedad, sin perjuicio de que ésta pueda repetir contra sus administradores una vez reparado, mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 134 LSA y arts. 238 a 240 LCS). Pero el art. 241 LCS permite una acción individual contra los administradores, cuando en el ejercicio de sus funciones incumplen normas específicas que se imponen a su actividad social y tienden a proteger al más débil, en este caso, al comprador de una vivienda que anticipa su precio antes de serle entregada, y sufre directamente el daño como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones".

En este contexto, la sentencia 131/2016, de 3 de marzo, explicita en qué medida el incumplimiento del deber impuesto por la Ley 57/1968 al promotor, que recibe del comprador dinero a cuenta del precio de la compraventa de un inmueble pendiente de construcción, de prestación de un aval o seguro que garantice la eventual obligación de devolución de las cantidades entregadas a cuenta en caso de incumplimiento, puede generar la responsabilidad del administrador de la sociedad promotora. Y adapta los requisitos tradicionales de la acción individual a este caso:

"(i) incumplimiento de una norma, en concreto, la Ley 57/1968, debido al comportamiento omisivo de los administradores; (ii) imputabilidad de tal conducta omisiva a los administradores, como órgano social; (iii) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (iv) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, en este caso, al acreedor, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) relación de causalidad entre la conducta contraria a la ley y el daño directo ocasionado al tercero, pues, sin duda, el incumplimiento de la obligación de garantizar la devolución de las cantidades ha producido un daño a la compradora, que, al optar, de acuerdo con el art. 3 de la Ley 57/1968, entre la prórroga del contrato o su resolución con devolución de las cantidades anticipadas, no puede obtener la satisfacción de ésta

última pretensión, al no hallarse garantizadas las sumas entregadas. El incumplimiento de una norma legal sectorial, de ius cogens, cuyo cumplimiento se impone como deber de diligencia del administrador, se conecta con el ámbito de sus funciones (arts. 225, 226, 236 y 241 LSC), por lo que le es directamente imputable".

No obstante, la sentencia 242/2014, de 23 de mayo, advierte del riesgo, que debe evitarse, de extender de forma indiscriminada la responsabilidad contractual asumida por la sociedad a sus administradores, en caso de incumplimiento de la sociedad:

"(N)o puede aplicarse de forma indiscriminada la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento en el marco de las relaciones obligatorias que nacen de los contratos, pues, como ha señalado esta Sala (STS 30 de mayo de 2008) supondría olvidar e ir en contra de los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídicas de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que lo otorgan, como proclama el art. 1257 CC.

"La responsabilidad de los administradores en ningún caso se puede conectar al hecho objetivo del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las relaciones contractuales, convirtiéndose en garantes de las deudas sociales o en supuestos de fracasos de empresa que han derivado en desarreglos económicos que, en caso de insolvencia, pueden desencadenar otro tipo de responsabilidades en el marco de otra y otras normas".

3. De acuerdo con esta jurisprudencia, la sentencia recurrida, al apreciar la acción individual basada en el incumplimiento de la obligación de otorgamiento del aval individual, no contradice la previsión contenida en el art. 1257 CC, que relativiza el alcance de los efectos del contrato a quienes fueron parte, porque, por las razones expuestas, la responsabilidad se liga no directamente al incumplimiento de la sociedad, sino al incumplimiento de los deberes de diligencia del administrador.

Y es precisamente por eso por lo que podría ocurrir que, aun existiendo un incumplimiento por la sociedad promotora de la obligación de entregar un aval individualizado, su administrador no hubiera incurrido en responsabilidad, al acreditarse que no existió una infracción de sus deberes de diligencia. Esa debe ser la conducta objeto de enjuiciamiento en una acción individual de responsabilidad: no el incumplimiento contractual de la sociedad, sino el quebrantamiento de los deberes de diligencia de su administrador en

relación con el cumplimiento de una prescripción legal grave, de acuerdo con la jurisprudencia reseñada.

En el presente caso, no se aprecia justificada la responsabilidad del administrador, en atención a los hechos acreditados en la instancia. Antes de firmarse el contrato con el comprador demandante y entregar este la parte del precio aplazado convenida (18 de diciembre de 2007), la sociedad promotora ya tenía concertada la póliza colectiva de avales. La vivienda debía estar terminada el 31 de octubre de 2008, y antes de se cumpliera este término, en junio de 2008, la vivienda ya estaba concluida. La entrega de las llaves y la firma de la escritura pública debía hacerse antes del 31 de enero de 2009 y para entonces faltaba la licencia de primera ocupación, que había sido solicitada, pero estaba pendiente de ser otorgada. Antes, en septiembre de 2008, la promotora había requerido a Caixa Galicia para que otorgara el aval individual a favor de la compradora.

Estos hechos impiden que podamos apreciar un quebrantamiento de los deberes de diligencia del administrador, sobre todo si tenemos en cuenta dos realidades.

La primera, que se había contratado una póliza colectiva para la emisión de avales individuales a favor de los compradores que entregaran dinero a cuenta, y que la promotora, en septiembre de 2008, cuatro meses antes de que concluyera el plazo de entrega de la vivienda, requirió formalmente a Caixa Galicia para que otorgara el aval individual, lo que muestra que su administrador no se desentendió del cumplimiento de esta grave obligación legal, en los términos en que justificarían su responsabilidad. Conviene remarcar que no juzgamos propiamente el cumplimiento de la obligación de entrega del aval, sino si existió un quebrantamiento grave del deber de diligencia del administrador, en relación con el cumplimiento de la prescripción legal. Lo hubiera habido, como de hecho se apreció por este tribunal en los casos enjuiciados en las sentencias 242/2014, de 23 de mayo, y 131/2016, de 3 de marzo, si el administrador se hubiera desentendido totalmente de su cumplimiento. Pero no lo hay, a los efectos de poder apreciar un ilícito orgánico del administrador, si consta que se requirió a la entidad de crédito para que emitiera el aval individualizado, todavía en un momento en que el comprador no tenía necesidad de hacerlo valer (septiembre de 2008).

La segunda realidad es que el aval debía garantizar la restitución de las cantidades entregadas a cuenta en caso de incumplimiento de la obligación de terminación de la vivienda y entrega al comprador dentro el plazo convenido, y consta acreditado que la

vivienda se terminó en plazo y que, si bien no se dispuso a tiempo de la licencia de primera ocupación, esta había sido solicitada con antelación y el retraso no consta que fuera debido a la promotora.

4. La estimación del motivo conlleva la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de primera instancia».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2168/2016] DE 5 DE FEBRERO DE 2019 [Ponente: Eduardo Baena Ruiz]

Interrupción de la prescripción: la ratio decidendi se limita a una cuestión de prueba de la remisión y de la recepción del requerimiento de pago. Si la interrupción de la prescripción no está sujeta a forma, a priori, no cabe renunciar a otorgar valor probatorio a un justificante emitido por una oficina de correos en el que se acredita la remisión de una carta certificada, y habrá que estar a la valoración de otras pruebas aportadas que concedan verosimilitud al contenido de la carta y a su recepción.

«El presente recurso se interpone contra una sentencia recaída en un juicio ordinario en el que la demandante, doña Andrea, ejercitaba acción de reclamación de daños y perjuicios causados por la ocupación y destrozos causados en sus fincas, al amparo del art. 1902 y 1905 CC frente a don Casiano, por importe de 18.457,20 euros. El demandado se opuso a la demanda, excepcionando en primer lugar la prescripción de la acción y, en segundo lugar, su falta de legitimación.

2.-En primera instancia se apreció la excepción de prescripción pues no otorgó efectos interruptivos a la última de las comunicaciones efectuadas, la practicada por carta certificada fechada el 12 de diciembre de 2014, folio 158, en cuanto no venía acompañada de su acuse de recibo y desestimó la demanda.

3.-Recurrida en apelación por la demandante, se estimó en parte el recurso, revocando la sentencia dictada en primera instancia y condenando al demandado al pago de 9.396,55 euros más los intereses legales desde la fecha de la demanda. Rechazó la prescripción al estimar que la demandante acudió a un medio idóneo para que la comunicación llegase a conocimiento del demandado, como fue la remisión de carta certificada a su domicilio a través del Servicio Nacional de Correos, medio operativo cuya regularidad no hay razón alguna para poner en entredicho, aunque falte el acuse de recibo, ya que

este no es determinante para concluir que no tuvo lugar la recepción de la comunicación.

4.-El demandado interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2-3.ª LEC.

El recurso se compone de un único motivo en el que se alega la infracción del art. 1968.2 CC, por interpretación errónea y la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en SSTS n.º 972/2011, de 10 de enero de 2012, 1172/1994 de 24 de diciembre de 1994, 903/1994 de 13 de octubre de 1994, 672/2009 de 28 de octubre de 2009, 1082/2007 de 9 de octubre de 2007.

En su desarrollo se combate el criterio de la Audiencia de estimar interrumpida la prescripción de la acción de responsabilidad civil ejercitada ya que las cartas enviadas anualmente y que sirven de base a la sentencia recurrida para entender interrumpida la prescripción además de no dejar constancia del contenido de las mismas, son recibidas por persona distinta a la del demandado, sin que en la última de ellas del año 2014 conste acuse de recibo alguno. De ahí que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina de esta sala que dice que para que opere la interrupción de la prescripción es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada que debe trascender del propio titular del derecho y la voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor.

5.- La sala dictó auto el 3 de octubre de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación interpuesto. La parte recurrida formalizó, en plazo, escrito de oposición al recurso.

SEGUNDO. -Decisión de la sala.

1.-La cuestión jurídica que viene a plantear la parte recurrente es, en tesis de doctrina, la idoneidad del correo certificado sin adveración de texto y sin acuse de recibo para acreditar que la reclamación extrajudicial cumple los requisitos que la jurisprudencia exige para interrumpir la prescripción.

2.-A efectos de admisibilidad del recurso, el hecho de que la interrupción del instituto de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión eminentemente jurídica, ha permitido a esta sala revisar la decisión de la instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables (sentencia 134/2012, de 29 de febrero).

Ahora bien, cuando se trata de interrupción de la prescripción también tiene declarado la sala (sentencia 209/2010, de 8 de abril) que es una cuestión de hecho, cuya apreciación compete a la sala

de instancia (SSTS de 29 de junio de 1964, 31 de mayo de 1965, 11 de febrero de 1966, 30 de diciembre de 1967, 2 de junio de 1987, 14 de mayo de 1996, 29 de octubre de 2001 y 28 de octubre de 2003).

De ahí que se torne en fundamental indagar en qué aspecto incide la ratio decidendi de la sentencia recurrida, para apreciar si desconoce el aspecto jurídico jurisprudencial que justificaría el interés casacional, o solo se contrae a la cuestión de hecho.

Tiene sentado la sala (sentencia 972/2011, de 10 de enero) que "Para que opere la interrupción de la prescripción, es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (SSTS 13 de octubre de 1994, rec. n.º 2177/1991, 27 de septiembre de 2005, rec. n.º 433/1999, 12 de noviembre de 2007, rec. n.º 2059/2000, 6 de mayo de 2010, rec. n.º 1020/2005), y su acreditación es carga de quien lo alega."

Esta doctrina no la desconoce la sentencia recurrida por cuanto comienza, al enjuiciar la cuestión, por la cita precisa de ella (fundamento de derecho segundo). Lo que sucede es que, al abordar el aspecto fáctico de la aplicación de la doctrina, entiende acreditado que se han cumplido tales exigencias.

En estos términos no cabría la admisibilidad del recurso.

3.-No obstante, y dado que provisoriamente se ha admitido, vamos a ofrecer respuesta al mismo en aras a una mejor tutela efectiva de los derechos de la parte recurrente.

La sentencia 97/2015, de 24 de febrero, que cita la sentencia recurrida, afirma que "la sala, en su labor unificadora de criterios judiciales, ha precisado, entre otros pronunciamientos sobre la materia, en (STS de 16 de noviembre de 1998, Rc. 1075/1994), que la interrupción de la prescripción extintiva por la vía de la reclamación extrajudicial supone una singularidad en nuestro derecho en relación con el derecho comparado. Es más, nuestro Código Civil, en el mencionado artículo 1.973, no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos, puede servir para tal fin; es por lo que, siguiendo una importante corriente

doctrinal, se puede afirmar que esta cuestión puede plantear un problema de prueba -de la existencia de la reclamación y de su fecha- pero no un problema de forma. Y en este sentido se explicita la sentencia de esta Sala de 6 de diciembre de 1.968."

Por consiguiente, si la interrupción de la prescripción no está sujeta a forma, la ratio decidendi se limita a una cuestión de prueba de la remisión y de la recepción del requerimiento de pago; por lo que no cabe renunciar de plano a otorgar valor probatorio a un justificante emitido por una oficina de correos, en el que se acredita la remisión de una carta certificada, sino que se habrá de estar a la valoración de otras pruebas aportadas a los autos que concedan verosimilitud al contenido de la carta y a su recepción. De ahí, que la sentencia 877/2005, de 2 de noviembre, afirme que "el intercambio de correspondencia por cartas es suficiente para fundamentar una interrupción extraprocesal del plazo de prescripción (sentencias de 16 de marzo de 1961, 22 de septiembre de 1984 y 12 de julio de 1990, entre otras)". También se citan la de 21 de noviembre de 1997 y 21 de marzo de 2000.

4.- Los hechos reconocidos por la sentencia recurrida son los siguientes:

"Doña Andrea es dueña de una serie de fincas ubicadas en Grado, en el lugar conocido como DIRECCION000, y en abril del año 2.003 promovió juicio frente a Don Casiano interesando la protección sumaria de la posesión, pretensión que fue rechazada por sentencia de 13-6-2.003 al ser el demandado y no la actora quien efectivamente ejercía la posesión. A dicho proceso siguió otro, el PO 234/2004, entre iguales partes, instado por Doña Andrea el 7-10-2.004, en el que la actora interesaba la declaración de la ocupación sin título por el demandado de las fincas de su propiedad y su condena a su devolución y reintegro.

"Dicho proceso fue suspendido en razón de querrela formulada por el demandado (Antecedente de hecho 3 de la sentencia del Procedimiento Ordinario en la instancia), que dio lugar a las D.P. 3080/04 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Oviedo, sobreesidas por auto de 15-8-2.007, confirmado por otro de la Audiencia Provincial de 18-12- 2.007, reanudándose el proceso civil, que concluyó en la instancia por sentencia de fecha 23-3-2.010, confirmada por otra de esta Audiencia de 29-6-2.010, que declaraba la ocupación de las fincas propiedad de la accionante (Doña Andrea) por el demandado (Don Casiano) sin que a ésta le asistiere título o derecho alguno justificativo de ese proceder y, más en concreto, la invocada relación arrendaticia que pretendía constituida entre la parte y

el que transmitiera las fincas a la accionante (FJ 1 de la sentencia de esta Audiencia de 25-7-2.010).

A ese pronunciamiento siguió denuncia formulada por Doña Andrea frente a Don Casiano con fecha 2-8-2.010 imputándole la ocupación de sus fincas con ganado, dando lugar a las Diligencias Previas 481/2010 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Grado, a las que se incorporó inspección ocular practicada por la Guardia Civil, que el 13-10-2.010 constató la presencia de tres reses de ganado cuyos crotales aparecían registrados a nombre de la madre de Don Casiano. No obstante lo cual, se sobreseyó el proceso por auto de 12-12-2.010 y a eso siguieron un burofax y tres cartas certificadas remitidas por la propiedad del terreno a Don Casiano reclamándole los daños derivados de la ocupación y explotación de sus fincas en los meses de diciembre de los años 2011, 2012, 2013 y 2014.

La sentencia de primera instancia, no contradicha por la de la audiencia, que es la recurrida, afirma que: "Por lo que respecta a las reclamaciones extrajudiciales efectuadas por la demandante, a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción de un año, consta un burofax de fecha 30 de diciembre de 2011 (documento 23 de la demanda) que, si bien fue entregado a doña Penélope, el propio demandado reconoce su existencia y el conocimiento de su contenido. Posteriormente, se remite carta certificada en fecha 21 de diciembre de 2012, constando recibida la misma por Casiano el día 28 de diciembre de 2012 (folios 151 y 152) y en fecha 17 de diciembre de 2013 se remite otra carta certificada, que es recepcionada por Rebeca en fecha 19 de diciembre de 2013 (folios 154 y 155). Respecto de estas dos reclamaciones, de la prueba documental aportada con la demanda resulta que la actora remitió sendas cartas certificadas con acuse de recibo, las cuales fueron remitidas al demandado a su domicilio sito en la CALLE000, NUM001, NUM000 de Oviedo, siendo así que las citadas cartas fueron remitidas en las fechas selladas en Correos, como resulta del acuse y no consta devolución del envío, habiendo sido dichas comunicaciones efectivamente recibidas en ese domicilio indicado porque aparece un receptor de la misma que firma en el acuse, receptor que, en el caso de doña Rebeca, acepta una comunicación dirigida al hoy demandado."

Todo se reduce, pues, a la carta remitida en fecha 12 de diciembre de 2014 (...), al no existir recibo que justifique la entrega de la misma en el domicilio del demandado ni la recepción de dicha comunicación.

Si se está a todas las circunstancias que rodean el supuesto litigioso, no puede calificarse de ilógica o absurda la inferencia de la sentencia recurrida cuando

afirma que "la recurrente acudió a un medio idóneo para que la comunicación llegase a conocimiento del demandado, cuál fue la remisión de carta certificada a su domicilio a través del Servicio Nacional de Correos, medio operativo cuya regularidad no hay razón para poner en entredicho y respecto de lo que el documento del acuse de recibo que por la sentencia recurrida se echa en falta sólo haría redundar en aquello, pero sin ser determinante para ante su falta de incorporación concluir que no aconteció la recepción de la comunicación".

Como afirma la parte recurrida "dichas cartas fueron enviadas y dirigidas todas y cada una de ellas al demandado: Don Casiano y todas ellas a la misma dirección: CALLE000 n.º NUM001 - NUM000 de Oviedo, habiendo admitido el demandado la recepción de todas, excepto la de fecha 12 de diciembre de 2014.

"En el certificado expedido por la Oficina de Correos, de la última carta de fecha 12 de diciembre de 2014, consta el justificante del envío: CD00997378458 y la oficina de admisión: 3370794 Oviedo SUC 4 con un importe de envío de 3.62 €, sin que dicha carta haya sido devuelta a su remitente por falta de entrega. En dicho certificado consta que se remite al recurrente y a dicha dirección. En el escrito de contestación a la demanda en su encabezamiento el propio demandado sigue señalando como domicilio la CALLE000 n.º NUM001 .NUM000 de Oviedo."

De tales hechos se infiere el envío de la carta y su recepción, y si se está a los antecedentes litigiosos entre las partes y a lo reclamado en las comunicaciones precedentes, no resulta difícil inferir el contenido del escrito de la carta cuestionada.

Por todo ello el recurso ha de desestimarse».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3866/2015] DE 5 DE FEBRERO DE 2019 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Contrato de opción de compra: en el contrato de opción de compra, como relación contractual compleja, el ejercicio de la opción constituye un presupuesto, propio y diferenciado, para la celebración del contrato de compraventa proyectado por las partes. Por tanto, el ejercicio del derecho de opción dota de fundamento causal a la compraventa proyectada, de forma que cuando no se ha ejercitado la opción, por renuncia del optante o por mutuo disenso, la relación negocial se extingue y con ella la posibilidad de celebrar la proyectada compraventa.

«En síntesis, el 9 de septiembre de 2006, D. Ildefonso, en nombre y representación, como presidente y consejero delegado, de la sociedad Cortijo Gambero S.A., y D. Juan Francisco, en nombre y representación, como administrador único, de la sociedad Truffle Capital S.L., suscribieron un contrato de opción de compra de la finca denominada "Sierra Pelada" para su posterior aprovechamiento urbanístico.

2. En lo que aquí interesa, dicho contrato de opción de compra quedó sujeto a las siguientes estipulaciones:

"[...] PRIMERA. Que CORTIJO GAMBERO S.A. concede a TRUFFLE CAPITAL S.L. que, por medio de su representante, acepta, un DERECHO REAL DE OPCIÓN DE COMPRA sobre la finca descrita en la exposición antecedente, libre de cargas y gravámenes, arrendatarios y ocupantes.

Esta opción podrá ser cedida por TRUFFLE CAPITAL S.L. a cualquier persona física a o jurídica de su libre elección, con la única obligación de notificarlo fehacientemente a CORTIJO GAMBERO SA en el domicilio indicado para notificaciones.

" SEGUNDA. PRECIO DE LA OPCIÓN. - Se fija como precio de la presente opción de compra la cantidad de SEISCIENTOS MIL Euros (600.000 €), más la cantidad de Noventa y seis mil euros (96.000 €) correspondiente al 16% de IVA, es decir, un total de SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL Euros (696.000 €), cuyo pago se ha realizado con anterioridad a este acto dando CORTIJO GAMBERO S.A. al derecho optante la más eficaz y cabal carta de pago.

" TERCERA. PRECIO DE LA COMPRAVENTA. El precio de la compraventa se fija a razón de 10,50€ (DIEZ EUROS Y CINCUENTA CÉNTIMOS) por metro cuadrado de suelo, es decir, de superficie real. Según la inscripción registral la finca tiene una superficie de 96 hectáreas, 79 áreas, 45 centiáreas y 195 cm², que resultarían 967.946,95 m², y de ahí que el precio sería de 10.163.443€, pero las partes convienen en este acto que hay que realizar una medición para saber la superficie real. En todo caso -y también a efectos de poder inscribir la opción de compra, previa escritura pública al efecto- se fija como máximo de precio, aunque por la medición resultara una suma mayor, la cantidad de 10.000.000 de euros (DIEZ MILLONES).

" QUINTA. EJERCICIO DE LA OPCIÓN. PRIMERA CONDICIÓN. TRUFFLE CAPITAL S.L. deberá ejercitar el derecho de opción de compra que se concede en la cláusula primera dentro de los 90 días naturales siguientes contados a partir de la recepción por parte de TRUFFLE CAPITAL S.L. de la comunicación fehaciente remitida por CORTIJO GAMBERO S.A. del acto de aprobación definitiva por la JUNTA DE ANDALUCÍA de la revisión y adaptación del PGOU de

Coín a la Ley 7/2002. Aunque dicha edificabilidad no influirá en el precio que está calculado a base de m² de suelo con un máximo de 10.000.000 euros descontándose del precio compraventa el precio de la opción, que pasará a tener la consideración de entrega a cuenta del precio de la Compraventa.

La opción de compra deberá notificarse a la parte optante, mediante comunicación notarial efectuada en el domicilio que a efectos de notificaciones figura en este contrato. Caso de no ejercitarse el derecho de opción de compra en la forma y plazos antedichos, o no materializarse la compraventa dentro del término fijado, el presente contrato quedará resuelto de pleno derecho y de forma automática, sin necesidad de requerimiento expreso a tal fin, perdiendo la parte optante todo derecho a comprar y haciendo suya el concedente de la opción la cantidad recibida como precio de la opción, sin que nada pueda reclamar la parte optante por tal concepto.

En el momento de ejercer la opción, se formalizará entre las partes la compraventa de la finca, mediante la correspondiente escritura de compraventa y pago simultáneo de la totalidad del precio al contado.

" SEXTA. EJERCICIO DE LA OPCIÓN SEGUNDA CONDICIÓN. El ejercicio de la opción estará igualmente condicionado a la firmeza de las sentencias a favor de CORTIJO GAMBERO SA por las cuales se declara su derecho de dominio sobre Sierra Pelada, a la restitución por parte de Zinnayacs de las 69 hectáreas incorporadas a su finca y a la nulidad de todos los actos de los demandados y su correspondiente cancelación registral: Dicha firmeza se adquirirá ya porque el Tribunal Supremo no admita el recurso, ya porque dicte sentencia confirmatoria de las anteriores a favor de CORTIJO GAMBERO SA; ya porque ZINNAYACS SL renuncie fehacientemente a continuar con el litigio.

Esta firmeza deberá notificarse a la parte optante, mediante comunicación notarial efectuada en el domicilio que a efectos de notificaciones figura en este contrato dentro de los quince días siguientes a producirse.

Mientras no se cumpla esta condición TRUFFLE CAPITAL S.L. no vendrá obligado a ejercer la opción de compra ni por tanto a pagar el precio de la compraventa, aunque la RPGOU estuviese aprobada definitivamente. Viceversa, la firmeza del pronunciamiento judicial favorable a CORTIJO GAMBERO S.A., no obligará ni al ejercicio ni al pago mientras no se produzca la repetida aprobación definitiva de RPGOU.

Si el Tribunal Supremo fallase sentencia a favor de ZINNAYACS SL esta opción de compra quedará

automáticamente cancelada al perder CORTIJO GAMBERO S.A. la propiedad de 69 hectáreas. En este caso, CORTIJO GAMBERO S.A. deberá devolver a TRUFFLE CAPITAL S.L. el precio pagado por esta opción incluido el IVA igualmente liquidado, así como las cantidades abonadas por cualesquiera otros conceptos y su IVA correspondiente en los casos en que dicho IVA se haya producido y abonado por TRUFFLE CAPITAL S.L. y un interés anual del seis por ciento. Dicha devolución deberá producirse en el plazo máximo de seis meses a contar de la fecha de la sentencia a favor de ZINNAYACS SL, y CORTIJO GAMBERO S.A. queda obligada a comunicar fehacientemente este fallo a TRUFFLE CAPITAL S.L. dentro del mes en que llegue a su conocimiento el repetido fallo en su contra.

" SÉPTIMA. - PLAZO MÁXIMO PARA EL EJERCICIO DE LA OPCIÓN: El plazo máximo para el ejercicio de la opción será de cuatro años a contar desde la firma de este contrato.

Si a la finalización de este plazo no se hubiese ejecutado la opción por no haberse cumplido las dos condiciones dichas, o no se hubiese cancelado la opción por haberse producido sentencia firme desfavorable a CORTIJO GAMBERO S.A, las restantes posibilidades -examinadas exhaustivamente- serán las siguientes:

"[...] CUARTO. Si se hubiese cumplido favorablemente la condición de la sentencia firme favorable a favor de CORTIJO GAMBERO S.A. pero hubiese resultado fallida la urbanística, TRUFFLE CAPITAL S.L. podrá hacer suyo el terreno, ejerciendo la compraventa, por el precio que estime conveniente aunque siempre por encima de cantidad pagada en concepto de opción y eventualmente por prórroga o prórrogas de la misma, pero CORTIJO GAMBERO S.A. tendrá derecho de rescate o recompra, que para este caso se establece, por el mismo precio que el ofrecido por TRUFFLE CAPITAL S.L., pero con cuyo mínimo que será la suma de la cantidad o cantidades recibidas más una prima de 600.000 euros o de 700.000 dependiendo de si este rescate se produce antes o después de la segunda prórroga, más todos los gastos, incluido el IVA cuando se haya producido y abonado, que esta última haya pagado durante la vigencia de la opción.

Lo establecido en esta estipulación se instrumentalizará, para todos y cada uno de los casos contemplados en la misma, de la siguiente manera: cumplido el plazo de los cuatro años, TRUFFLE CAPITAL S.L. tendrá dos meses naturales para notificar fehacientemente a CORTIJO GAMBERO S.A. la opción elegida entre las concedidas por este contrato. Si no lo hiciere, perderá el precio de la opción y la opción de

compra. Al recibo de la notificación, CORTIJO GAMBERO S.A. tendrá a su vez dos meses para notificar fehacientemente su derecho de rescate o recompra y si no lo hiciera se le tendrá desistido de su derecho. En todo caso, el pago que correspondiere deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes al cumplimiento del plazo que corresponda.

"DÉCIMO PRIMERA.- Ambas partes pactan expresamente que puesto que ambas están extremadamente interesadas en la consecución de las mejores condiciones de edificabilidad para la finca objeto de este contrato, ambas igualmente actuarán de forma conjunta en todos los trámites urbanísticos si bien los gastos, si los hubiere, correrán a cargo de TRUFFLE CAPITAL S.L., para lo cual previamente TRUFFLE CAPITAL S.L. deberá haber dado su conformidad a no ser que los haya propuesto ella misma en cuyo caso la conformidad corresponderá a CORTIJO GAMBERO S.A".

3. En el presente caso, quedó acreditado el cumplimiento de la segunda condición que sujetaba el ejercicio de la opción de compra por parte de Truffle Capital S.L. a la firmeza de las sentencias a favor de la vendedora Cortijo Gambero S.A., pero no así la primera condición relativa a la aprobación definitiva por la Junta de Andalucía de la revisión y adaptación de PGOU de Coín a la Ley 7/2002, que no se iba a cumplir en el plazo previsto en el contrato.

4. El 8 de septiembre de 2010, un día antes de que finalizara el plazo previsto para el ejercicio de la opción de compra, Truffle Capital S.L., mediante burofax remitido a la vendedora, renunció a la opción de compra en los siguientes términos: "procedemos a notificarle fehacientemente nuestra voluntad de no ejercer el derecho de opción de compra, y en consecuencia nuestra voluntad de resolver el citado contrato, emplazándoles a una reunión en un plazo de 10 días para concretar el importe que deben restituir a Truffle Capital S.L., así como el plazo de dicho pago".

El 4 de noviembre de 2010, también mediante burofax, la vendedora Cortijo Gambero S.A. comunicó a la compradora la aceptación de su renuncia y la propuesta de un plazo de 4 años para que procediera a la devolución de la prima objeto de la opción de compra.

5. Truffle Capital S.L., mediante un burofax de 4 de noviembre de 2010, recibido por la vendedora al día siguiente, comunicó su voluntad de comprar la finca con base en la estipulación séptima, apartado cuarto, del contrato. Propuesta que fue rechazada por la vendedora.

Ante esta decisión, el 15 de noviembre de 2010, Truffle Capital S.L., mediante conducto notarial,

emplazó a la vendedora para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de la finca por un precio de 800.000 €. La vendedora, por burofax de 26 de noviembre de 2010, comunicó que no comparecería a dicho otorgamiento.

El 29 de noviembre de 2010, Truffle Capital S.L. compareció en la notaría con un cheque nominativo por el precio de compra que había comunicado al vendedor, levantándose acta por la incomparecencia de la parte vendedora.

6. En este contexto, Truffle Capital S.L. presentó una demanda, al amparo del art. 1124 CC, por la que solicitaba que, ante el incumplimiento de la vendedora, se declarara resuelta la compraventa, con causa en el contrato de opción de 9 de septiembre de 2006, y se condenara a Cortijo Gambero S.A. y solidariamente a sus tres administradores al pago de los daños y perjuicios y al abono de los intereses. La demandante desistió de la acción ejercitada contra los administradores sociales, por lo que el procedimiento siguió adelante únicamente contra Cortijo Gambero S.L., como parte demandada.

La demandada se opuso a la demanda alegando la inviabilidad de la acción ejercitada ante la extinción del contrato tras la renuncia de la opción de compra.

7. La sentencia de primera instancia estimó la demanda.

8. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia lo desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia. En lo que aquí interesa, respecto a la denuncia de la incongruencia extra petita de la sentencia apelada, declaró:

"[...] resultando que en el caso ambas partes han podido formular alegaciones y proponer prueba en apoyo de sus respectivas tesis, pareciendo correcta en esta línea la interpretación que practica la juzgadora de instancia cuando al debatirse acerca de si el contrato de compraventa llegó o no a perfeccionarse, decide en sentido adverso, pero que, dada la interrelación habida entre contrato de opción y contrato de compraventa, parece meridianamente claro que, en atención al relato fáctico contenido en la demanda rectora del procedimiento ordinario que nos ocupa, dado los términos en que se desarrollara la audiencia previa, ante el devenir de los acontecimientos producidos por el no cumplimiento de la condición urbanística pactada, la opción ejercitada no fue otra que la de dar por resuelto dicho contrato, no el de compraventa, pero sin que ello implique achacar a la sentencia de instancia incurrir en incongruencia extra petita, ya que su fallo es plenamente coherente con las sustanciales alegaciones de las partes, con lo probado en el curso

del proceso y con los razonamientos utilizados por la juzgadora de primer grado, lo que nos lleva a acordar el perezimiento del primero de los motivos del recurso posibilitando entrar en el examen de la cuestión de fondo objeto del debate".

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

SEGUNDO. - 1. La demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en cuatro motivos.

2. En el primer motivo, la recurrente, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, denuncia la infracción del art. 218.1 LEC por incurrir en la sentencia recurrida en incongruencia extra petita.

En el desarrollo del motivo argumenta que se ha producido dicha infracción al estimarse la demanda con base en una acción que nunca fue ejercitada. En este sentido, la sentencia recurrida, sin atender a que la acción ejercitada por la demandante fue la acción de resolución contractual de la compraventa por incumplimiento de la vendedora (art. 1124 CC), declara la resolución del contrato de opción de compra por mutuo disenso. Por lo que la sentencia recurrida ha modificado una acción ejercitada en la demanda y ha resuelto sobre otra acción distinta, que nunca fue ejercitada por la demandante; concediendo cosa distinta a la solicitada y causando una indefensión material a la demandada. Además, a mayor abundamiento, la resolución contractual por incumplimiento de una de las partes y la extinción de la relación contractual por mutuo disenso, son supuestos distintos y diferenciables en el plano jurídico.

3. El motivo debe ser estimado. En el contrato de opción de compra, como relación contractual compleja, el ejercicio de la opción constituye un presupuesto, propio y diferenciado, para la celebración del contrato de compraventa proyectado por las partes. Por lo que el ejercicio del derecho de opción dota de fundamento causal a la compraventa proyectada, de forma que cuando no se ha ejercitado, por renuncia del optante o por mutuo disenso, la relación negocial se extingue y con ella la posibilidad de celebrar la proyectada compraventa.

En el presente caso, no se cuestiona que la compradora, titular del derecho de opción, conforme al cuerpo de su demanda (hecho segundo, fundamento de derecho segundo y petitum de la demanda), ejercita una acción de resolución del contrato de compraventa por el incumplimiento de la vendedora, con base en el art. 1124 CC.

Tampoco ha resultado cuestionado, por ninguna de las partes, el hecho de la renuncia de la compradora a ejercitar el derecho de opción que tenía concedido, así como la aceptación de dicha renuncia por parte de la vendedora.

Como tampoco puede cuestionarse, a tenor del escrito de contestación a la demanda (hecho cuarto y fundamento de derecho VI B y D), que la vendedora alegó la inviabilidad de ejercitar una acción de resolución contractual respecto de un contrato inexistente por haberse extinguido previamente la relación contractual que unía a las partes, por medio de la renuncia al derecho de opción.

Con base en estos antecedentes, acreditados en el curso del presente procedimiento, cabe concluir que la sentencia recurrida incurre en la denunciada incongruencia extra petita pues resuelve, de oficio, sobre una acción que no fue ejercitada por la demandante, la resolución del contrato de opción.

TERCERO. -Estimación del motivo. Asunción de la instancia.

1. Lo anteriormente expuesto comporta la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, la anulación de la sentencia recurrida y la asunción de la instancia para dictar nueva sentencia.

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la demandada apelante, Cortijo Gambero S.A., en cuanto que, de la prueba practicada, en particular del burofax de 8 de septiembre de 2010, remitido por la compradora a la vendedora, y del burofax de 4 de noviembre de 2010, remitido por la vendedora a la compradora, se desprende que las partes dieron por extinguida su relación negocial ante la renuncia del ejercicio del derecho de opción concedido a la compradora, por lo que, extinguida la relación negocial, resulta inviable la aplicación de la resolución contractual de la compraventa proyectada solicitada al amparo del art. 1124 CC. Todo ello, sin perjuicio de las posibles consecuencias que pudieran derivarse de dicha extinción por mutuo disenso del contrato de opción.

2. La estimación del recurso de apelación comporta la revocación de la sentencia de primera instancia, con la desestimación íntegra de la demanda interpuesta por la demandante, Truffle Capital S.L.».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2882/2016] DE 7 DE FEBRERO DE 2019 [Ponente: Antonio Salas Carceller]

Contrato de compraventa: en principio, la interpretación del contrato y sus cláusulas es una labor

o función propia de los tribunales de instancia. Cuando se concreta que el objeto del contrato de compraventa es una finca rústica en tanto resulte recalificada como suelo urbanístico, la imposibilidad sobrevenida de esa recalificación conlleva la resolución del contrato, pues no estamos ante meras expectativas sin relevancia en el contrato, sino que en el objeto del contrato se contemplaba el posterior desarrollo urbanístico de la finca, vendiéndose el terreno como urbanizable.

«Projisa, S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra don Matías y doña María Esther, en la que solicitaba que se declarase resuelto el contrato de compraventa de 29 de abril de 2004, que había concertado como compradora con los demandados en documento privado, relativo a una finca ubicada en Almensilla, por imposibilidad sobrevenida, frustración del objeto y de la causa del contrato, con devolución de las cantidades entregadas a cuenta. Según la parte demandante, el contrato estaba vinculado al posterior desarrollo urbanístico de la finca y la misma sigue siendo suelo rústico no urbanizable.

Se opusieron los demandados y, seguido el proceso, la sentencia de primera instancia estimó la demanda al considerar que, según la literalidad del contrato, el objeto de la venta era la finca propiedad de los demandados en tanto resultase recalificada como suelo urbanístico, cuyo precio dependía del futuro PGOU, y que las incidencias surgidas determinaron la imposibilidad jurídica de su aprobación, sin que pueda obligarse a la parte compradora a permanecer en una situación permanente de espera.

Contra la anterior sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial por sentencia de 30 de junio de 2016. La Audiencia razona en el sentido de que, cualesquiera que fueran las expectativas de la promotora demandante, el terreno objeto del contrato se vendió como finca rústica, de modo que no puede hablarse de imposibilidad sobrevenida de la prestación que justifique la pretendida ineficacia de la compraventa. Entiende la Audiencia que, cuando se celebró la compraventa, la entidad compradora tenía sus expectativas empresariales de ver recalificados los terrenos que compraba, lo que conllevaba al mismo tiempo la asunción del riesgo de que ello no fuera así; pero que esas expectativas no pasan de ser un móvil, motivo o propósito subjetivo de una de las partes, que le llevó a contratar, sin relevancia en el contrato, y distinto de la causa, que es común a ambas partes. Entiende que por el hecho de que se fijara el precio de

la compraventa, a razón de una cantidad por metro cuadrado previsto como recalificable, y se acordara su posterior aumento o reducción en función del terreno que, finalmente, se recalificara, no se puede llegar a la conclusión de que se vendió el terreno como urbanizable, sino que simplemente se vendía un terreno rústico con esas expectativas y el consiguiente riesgo para la compradora, algo a lo que no era ajena ya que se dedicaba a la promoción inmobiliaria.

Contra la anterior sentencia la demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

La parte recurrente ha aportado, durante la sustanciación de los presentes recursos, una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.ª) de fecha 16 de marzo de 2017 (Rollo 8857/16) que versa sobre un contrato similar al presente, siendo parte también Projisa S.A., documento que carece de trascendencia a los efectos de la resolución del presente recurso.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. -El recurso extraordinario por infracción procesal contiene un solo motivo, al amparo del artículo 469.1-2.º LEC, que se funda en la infracción de los artículos 216, 218, 456.1 y 458 LEC, al introducir la demandada cuestiones nuevas en el recurso de apelación.

El motivo se refiere a que -según entiende la parte recurrente- los demandados no denunciaron en su contestación lo referido a la interpretación del contrato celebrado, por lo que la Audiencia ha resuelto teniendo en cuenta algo que no se ha debatido.

La consideración de la congruencia, en concreto en relación con la causa petendi, no puede tener igual tratamiento para la demanda que para la contestación. Mientras que comporta la mayor rigurosidad en cuanto a la demanda, no ocurre igual para la contestación. Respecto de ésta el tribunal no podrá apreciar excepciones no alegadas, siempre que no se refieran a cuestiones apreciables de oficio y, por tanto, no necesitadas de alegación, pero fuera de ello es libre para apreciar a la vista de la demanda si la pretensión que contiene resulta viable y para ello lógicamente ha de interpretar el contrato de que nace el litigio. En consecuencia, el tribunal no está férreamente vinculado por la oposición o resistencia del demandado, salvo las citadas excepciones no

apreciables de oficio. Buena prueba de ello es que en caso de incomparecencia de la parte demandada o falta de contestación a la demanda -en que ninguna oposición o resistencia se hace valer- el tribunal no ha de estimar necesariamente las pretensiones de la parte actora, sino que ha de examinarlas y puede desestimarlas considerando falta de prueba en los hechos o falta de razón en cuanto al derecho o, como en este caso, haciendo una interpretación del contrato que no ha de seguir necesariamente la propuesta por la parte demandante.

De ahí que ninguna indefensión puede alegar la recurrente por razón de que la Audiencia haya resuelto según la interpretación que da al contrato litigioso, cuestión que -en el fondo- late en la oposición de los demandados, siquiera sea a efectos de determinar si Projisa S.A. estaba obligada a permanecer indefinidamente a la espera de una posible recalificación de los terrenos.

Por ello el motivo se desestima.

Recurso de casación

TERCERO. -El primero de los motivos de casación se formula por infracción de los artículos 1281, párrafo segundo, y 1282 del Código Civil, respecto de la interpretación del contrato.

Alega la parte recurrente que el convenio de 29 de abril de 2004, suscrito con los demandados, lo fue además con otras diecisiete familias, siendo concertado a través de corredores de la localidad y con la debida asesoría técnica letrada, bajo idéntico precio en todos ellos, abonando los metros resultantes de la edificabilidad futura de la parcela rústica de 11.121 metros cuadrados en Almensilla (Sevilla) dentro del sector SRS-11, que englobaba los suelos de las diecisiete familias.

En el penúltimo párrafo de la estipulación segunda del contrato se dice lo siguiente:

"Se hace constar que como se ha indicado, la presente compraventa se verifica en virtud de la superficie que efectivamente se reconozca por el Excmo. Ayuntamiento de Almensilla como integrada o incluida como suelo urbanizable en la actual revisión del Plan General de Ordenación Urbana de dicho municipio, entendiéndose como inicialmente integrados o incluidos 11.121 m², de tal forma que si resultara como integrada o incluida una superficie superior o inferior a la indicada en este contrato, el PRECIO establecido por

las partes aumentará o disminuirá en proporción diferencia resultante "

Esta sala se ha pronunciado en reciente sentencia núm. 498/2018, de 14 de septiembre (rec. 3919/15), sobre un contrato igual al ahora contemplado celebrado por Projisa S.A. con distintos vendedores.

En dicha sentencia, abordando el mismo problema ahora planteado, la sala dijo lo siguiente:

"Dicha cláusula ha de interpretarse en el sentido de que únicamente queda contemplada la contratación para el caso de que el terreno sea calificado -en todo o en parte- como urbanizable en la revisión del PGOU. Se dice así textualmente; pero, además -a la hora de fijar el precio- se dice que disminuirá en proporción a la posible diferencia resultante entre la porción que se considera que se calificará como suelo urbanizable y la que finalmente resulte como tal, de donde se deduce que -si no existe al final superficie urbanizable- el precio final será cero, lo que resulta incompatible con la subsistencia del contrato. De ahí que cualquier interpretación contraria a lo expresado ha de ser considerada ilógica y, por tanto, revisable en casación, como esta sala se ha encargado de precisar en numerosas resoluciones. La parte recurrente cita en este sentido las sentencias de 13 Diciembre 1999, 20 Enero 2000, 15 Marzo y 24 Junio 2002, pero cabe añadir a ellas otras más recientes como la 198/2014, de 1 abril, a cuyo tenor "tiene dicho reiteradamente esta Sala que la interpretación del contrato y sus cláusulas, entendida como actividad que busca identificar el conjunto de obligaciones que derivan para las partes de todo contrato a partir de la voluntad común de éstas expresada en el mismo [p. ej. STS de 9 de julio de 2012 (rec. n.º 2048/2008)] es una labor o función propia de los tribunales de instancia, con la consecuencia de que ha de prevalecer la interpretación realizada por éstos sin que sea posible su revisión en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por el tribunal sentenciador en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario o vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos, por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS, entre las más recientes, de 20 de marzo de 2009, rec. n.º 128/2004; 1 de octubre de 2010, rec. n.º 2273/2006; 8 de noviembre de 2010, rec. n.º 1673/2006; 11 de noviembre de 2010, rec. n.º 1485/2006; 17 de

diciembre de 2010, rec. n.º 910/2006; 14 de febrero de 2011, rec. n.º 529/2006, 11 de julio de 2011, rec. n.º 584/2008, 30 de septiembre de 2011, rec. n.º 1290/2008, 7 de marzo de 2012, rec. n.º 502/2009, 23 de marzo de 2012, rec. n.º 545/2009, y 26 de marzo de 2012, rec. n.º 146/2009)".

En consecuencia, al igual que en el supuesto a que se refiere la citada sentencia, ha de estimarse el recurso de casación por este primer motivo y, asumiendo la instancia, estimar íntegramente la demanda por las razones ya señaladas, confirmando la sentencia dictada en primera instancia. De lo anterior se deduce que no resulta necesario el examen del resto de los motivos que integran el recurso de casación».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1483/2016] DE 13 DE FEBRERO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Cuestiones procesales: por un lado, a los efectos de la interposición del recurso de casación la cuantía que ha de tenerse en cuenta es aquella que hubiera sido litigiosa en la segunda instancia; por otro, se incurre en incongruencia extra petitum cuando se resuelve sobre algo que no formaba parte del objeto del proceso. Así, cuando se ejerce la acción individual y el juez considera que se había ejercitado no sólo la acción individual, sino también la social, y estima en parte esta última.

Cuestiones sustantivas: al margen de si se acreditaron o no los daños y perjuicios, para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad es preciso que esos daños se hayan causado directamente a los socios demandantes, y no de forma indirecta, como consecuencia del perjuicio que habría sufrido la sociedad por la actuación del administrador demandado. Si los daños derivan del empobrecimiento o despatrimonialización ocasionados a la sociedad por el administrador estamos ante daños indirectos que habrían minorado el valor de las participaciones de los socios o les impedirían el cobro de sus créditos frente a la sociedad, pero no ante daños directos que justifiquen el ejercicio de la acción individual de responsabilidad. Por tanto, no procede la acción individual cuando la conducta antijurídica del administrador ha ocasionado un detrimento patrimonial a la sociedad que repercute indirectamente en la pérdida de valor de las participaciones o acciones de sus socios y en la imposibilidad de pagar las deudas sociales a sus acreedores.

«Projisa, S.A. interpuso demanda de juicio ordinario «Jose Carlos y Socorro son socios de la entidad The Oliver Group Torrevieja, S.L. Los dos fueron administradores de la sociedad desde su constitución

hasta el 18 de marzo de 2008. En esa fecha pasó a ser administrador otro de los socios, Torcuato.

Jose Carlos y Socorro, en la demanda que dio inicio al presente procedimiento, ejercitaron una acción de responsabilidad civil contra Torcuato, por los daños y perjuicios ocasionados a los socios demandantes como consecuencia de su actuación como administrador de The Oliver Group Torrevieja, S.L.

El demandado, además de oponerse en cuanto al fondo, excepcionó la falta de legitimación activa de los demandantes para ejercitar la acción social de responsabilidad, pues no constaba que hubieran solicitado la convocatoria de la junta de socios para dar oportunidad a que fuera esta la que acordara el ejercicio de la acción.

En la audiencia previa, a la vista de que el suplico de la demanda pedía que el administrador demandado fuera condenado a indemnizar directamente a los socios demandantes, y el demandado había excepcionado falta de legitimación activa para la acción social, el juez preguntó al letrado de los demandantes qué acción estaba ejercitando. El letrado manifestó que se reclamaba para los socios y no para la sociedad.

2. No obstante lo anterior, la sentencia de primera instancia entendió que en la demanda se ejercitaban las dos acciones, la acción social de responsabilidad ex art. 236 LSC y la acción individual ex art. 241 LSC. Y desestimó ambas acciones, al entender que no había quedado acreditado que la conducta del administrador demandado hubiera ocasionado un perjuicio o daño ni a la sociedad ni a los dos socios demandantes.

3. La sentencia fue recurrida en apelación por los demandantes. La Audiencia estima en parte el recurso, en cuanto que aprecia la acción social de responsabilidad y condena al administrador demandado a reintegrar al patrimonio de la sociedad la suma de 462.422,02 euros.

4. Frente a la sentencia de apelación, el administrador demandado ha interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. Sobre la (in)admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

1. El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2-2ª LEC, por razón de la

cuantía. Esto es, porque la cuantía litigiosa es superior a 600.000 euros, pues en primera instancia fue fijada en 652.398,12 euros, mediante decreto del Letrado de la Administración de Justicia de 1 de octubre de 2014.

2. La parte recurrida, los demandantes, con carácter previo a su oposición a los motivos de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, objetan que ambos recursos deberían desestimarse como consecuencia de su inadmisibilidad, ya que, tras la sentencia de apelación, la cuantía del litigio ha quedado reducida a la suma objeto de condena (462.422,02 euros), que es inferior a 600.000 euros. De tal forma que la inadmisión del recurso de casación conllevaría también la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

3. Procede rechazar esta objeción, porque la cuantía que ha de tenerse en cuenta es aquella que hubiera sido litigiosa en la segunda instancia, en que se dictó la sentencia recurrida. En nuestro caso, la suma reclamada en primera instancia era de 652.398,12 euros. En la medida en que la demanda fue desestimada y recurrieron los demandantes, quienes reiteraron sus pretensiones, la cuantía litigiosa en apelación siguió siendo 652.398,12 euros. Suma superior al límite previsto en el art. 477.2-2º LEC para que el recurso pueda tener acceso por razón de la cuantía.

A estos efectos resulta irrelevante que la sentencia de apelación haya estimado en parte la demanda y la suma objeto de condena sea inferior a 600.000 euros. Aunque sólo recurra el demandado, eso resulta irrelevante, pues debe estarse a la cuantía del proceso en la que se dictó la sentencia recurrida, que era 652.398,12 euros, sin perjuicio de que estimara en parte la demanda y la suma objeto de condena fuera inferior.

Así nos hemos pronunciado en otros casos, por ejemplo, en la sentencia 2/2012, de 23 de enero:

"las incidencias acaecidas durante el proceso que afectan a su objeto -tales como allanamientos parciales, desistimientos parciales o el aquietamiento de la actora a la sentencia de primera instancia que estima parcialmente la demanda- tienen relevancia en orden a determinar la cuantía de la controversia que abre la vía de los recursos extraordinarios. Esta limitación no puede aplicarse cuando la reducción se lleve a cabo por la sentencia de segunda instancia, porque entonces se daría el contrasentido de que sería recurrible por una de las partes, la demandante,

y no por la otra (AATS de 26 de febrero de 2002, RC 4836/1999, y 21 de diciembre de 2004, RQ 1032/2004)".

TERCERO. Recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación del motivo primero. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al haber incurrido en incongruencia. La demanda pedía la indemnización para los demandantes, en el ejercicio de una acción individual, y la sentencia recurrida condena a reintegrar a la sociedad, por el ejercicio de una acción social.

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

2. Estimación del motivo. Como hemos reiterado en otras ocasiones, "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir], y el fallo de la sentencia" (por todas, sentencia 173/2013, de 6 de marzo). En particular, en relación con la modalidad de incongruencia extra petitum, haber resuelto algo que no formaba parte del objeto del proceso, el Tribunal Constitucional puntualiza que "el juzgador está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente formuladas por los litigantes" (STC 182/2000, de 10 de julio). De tal forma que como advertimos en la sentencia 1015/2006, de 13 de octubre "no se incurre en incongruencia cuando se da acogida a lo que sustancialmente está comprendido en el objeto del pleito o implícitamente en las pretensiones deducidas en la demanda".

En el presente caso, el objeto litigioso venía determinado por la acción de responsabilidad ejercitada en la demanda. La lectura de la demanda permite apreciar lo siguiente: los demandantes son socios de la sociedad de la que es administrador el demandado; exigen su responsabilidad por los daños causados como consecuencia de sus actuaciones como administrador de la sociedad, con infracción de los deberes de diligencia y lealtad; los daños que se especifican en la relación de hechos, se refieren como daños ocasionados al patrimonio de los demandantes, aunque sea como consecuencia de la despatrimonialización o empobrecimiento de la sociedad; en los fundamentos de derecho, se invoca el

art. 241 LSC para justificar la legitimación activa de los demandantes; en el fundamento de derecho relativo al fondo del asunto, se citan los arts. 238 LSC, y los relativos a los deberes de diligencia y lealtad, así como el art. 241 LCS; y, finalmente, el suplico, además de volver a calificar la acción ejercitada como la acción individual de responsabilidad, pide la condena del administrador a pagar 390.536,11 euros a Jose Carlos y 261.862,01 euros a Socorro, y añade "por los daños causados al patrimonio de mis representados".

Es claro que la acción que se ejercitaba en la demanda era la acción individual y no la acción social. No obstante, si podía existir alguna duda, sobre todo por la excepción formulada por el demandado de falta de legitimación activa de los demandantes para el ejercicio de la acción social, en la audiencia previa el letrado de los demandantes reiteró que lo que pedían era la indemnización de los perjuicios sufridos por los demandantes.

A la vista de esta determinación del objeto litigioso, la sentencia recurrida incurre en una incongruencia extra petitum cuando entiende que se había ejercitado no sólo la acción individual, sino también la social, y estima en parte esta última.

3. La acción social y la acción individual son dos acciones distintas que, aunque puedan pretender juzgar un mismo comportamiento del administrador, difieren en que el perjuicio ocasionado por dicho comportamiento, objeto de la indemnización pretendida, en el primer caso (acción social) debe haber sido sufrido directamente por la sociedad, mientras que en el segundo (acción individual) debe haberlo sido directamente por los socios o terceros. Esta circunstancia condiciona la legitimación activa para el ejercicio de la acción. En la acción social corresponde a la sociedad, en tanto que, perjudicada, y, subsidiariamente, en defecto de actuación por la sociedad, a los socios minoritarios y a los acreedores, conforme a lo previsto en los arts. 239 y 240 LSC. Obviamente, la legitimación activa para ejercitar la acción individual corresponde a los socios o acreedores directamente perjudicados por la actuación del administrador demandado (art. 241 LSC). De tal forma que el destino de la indemnización también varía: en el caso de la acción social, va a parar en todo caso a la sociedad, al margen de si la acción es ejercitada por la propia sociedad o, de forma subsidiaria, por los socios minoritarios o los acreedores; mientras que, en el caso de la acción individual, la indemnización irá destinada

directamente al perjudicado por la actuación del administrador.

Estas diferencias, que afectan a la legitimación y a los propios presupuestos de la acción, impiden que pueda entenderse ejercitada la acción social, cuando lo que se pretende en la demanda es la indemnización de los socios perjudicados. Son pretensiones distintas.

4. En consecuencia, procede estimar este primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal. Conforme a la regla 7ª de la disposición final 16ª LEC, la estimación del recurso por este motivo, formulado al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, conlleva que anulemos la sentencia de apelación y que dictemos otra en su lugar, teniendo en cuenta, en su caso, lo alegado como fundamento del recurso de casación.

En consecuencia, resulta innecesario analizar los restantes motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y también el recurso de casación.

CUARTO. Improcedencia de la acción individual.

1. Asumida la instancia, debemos entrar a resolver la apelación formulada por los demandantes en lo que respecta a la acción individual. Y lo hacemos para ratificar su desestimación, pero con argumentos diversos a los sostenidos en la sentencia de primera instancia. Al margen de si se acreditaron o no los daños y perjuicios denunciados en la demanda, estos no se habrían causado directamente a los socios demandantes, sino de forma indirecta, como consecuencia del perjuicio que habría sufrido la sociedad por la actuación del administrador demandado.

En el hecho sexto de la demanda se especifican los perjuicios sufridos por cada uno de los socios demandantes, y se aprecia claramente que son indirectos, pues derivan del empobrecimiento o despatrimonialización ocasionado a la sociedad por el administrador demandado. Este empobrecimiento habría minorado el valor de las participaciones de los demandantes y, también, habría impedido que la sociedad les devolviera los préstamos que le habían dado.

Así, en primer lugar, los demandantes parten de los fondos propios que tenía o debía tener la sociedad y de la participación de cada uno de ellos en el capital social, para calcular los primeros perjuicios objeto de indemnización:

"A tener de los fondos propios y dada la participación de mis mandantes en la sociedad (...), la actuación del administrador judicial relatada anteriormente le ha ocasionado un perjuicio patrimonial a cada uno de ellos de 231.211,01 euros, dado que ese era el valor patrimonial de sus participaciones sociales al tiempo de dejar -la administración de- la sociedad en el 2008 y antes de que el Sr. Torcuato administrase la citada sociedad. En la actualidad, y precisamente por las actuaciones llevadas a cabo por el Sr. Torcuato dicho valor patrimonial es "0" pues la sociedad ha sido descapitalizada y (...) ha cesado en su actividad".

Y, a continuación, reseñan que los demandantes, además de socios, habían prestado a la sociedad 189.997,10 euros, y la reseñada despatrimonialización les impide cobrar su crédito:

"Como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo por el demandado durante su etapa como administrador judicial mis mandantes no han podido recuperar dichos préstamos, viéndose con ellos directamente perjudicados por la conducta del administrador judicial que al despatrimonializar la empresa y cesar en la actividad de la misma ha hecho imposible para mis mandantes el cobro de dichas cantidades".

2. La exigencia de que, en el caso de la acción individual, el daño haya sido ocasionado directamente a los socios o acreedores que ejercitan la acción, se contiene en la reseña que la jurisprudencia hace de los requisitos necesarios para que pueda prosperar esta acción (sentencias 253/2016, de 18 de abril; 472/2016, de 13 de julio; y 150/2017, de 2 de marzo):

"i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) el daño que se infiere debe ser directo al tercero (...), sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero".

Pero, además, el Tribunal Supremo, en un supuesto muy similar al presente, ha declarado la improcedencia de la acción individual cuando la

conducta antijurídica del administrador ha ocasionado un detrimento patrimonial a la sociedad que repercute indirectamente en la pérdida de valor de las participaciones o acciones de sus socios y en la imposibilidad de pagar las deudas sociales a sus acreedores. Fue el caso de la sentencia 396/2013, de 20 de junio, cuya doctrina ha sido reiterada después por las sentencias 472/2016, de 13 de julio, y 129/2017, de 27 de febrero:

"La exigencia de responsabilidad a los administradores por los daños causados a la sociedad se hace a través de la denominada acción social, que regula el art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 238 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Está legitimada directamente para ejercitar la acción la propia sociedad, previo acuerdo de la junta general, y va dirigida a restaurar su patrimonio, resarcando el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador.

"Como se ha dicho, el daño causado directamente a la sociedad puede, de modo reflejo, provocar también daños a los socios y los acreedores. La disminución del patrimonio social provoca la correlativa disminución del valor de las acciones o participaciones sociales de las que es titular el socio, y puede provocar que no se repartan dividendos, o se repartan en menor medida. En tal caso, la conducta ilícita del administrador provoca un daño indirecto al socio. Asimismo, dada la función de garantía que el patrimonio social tiene para el acreedor, el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador supone la disminución, o incluso la desaparición, de esa garantía frente a terceros como los acreedores. Por eso los apartados 4 y 5 del art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actuales arts. 239 y 240 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, con ligeras variaciones) otorgan legitimación subsidiaria a la minoría de socios (al menos 5% del capital social) y, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, a los acreedores, para el caso de que la acción no sea ejercitada por la sociedad, aunque ha de ser ejercitada en interés de esta, esto es, para reintegrar el patrimonio social.

"La exigencia de responsabilidad por daños causados directamente a los socios o a terceros (señaladamente, a los acreedores) se hace a través de la denominada acción individual, que está regulada en el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de

Sociedades Anónimas (actualmente, art. 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). El texto del precepto explicita claramente el requisito del carácter directo de la lesión resarcible mediante el ejercicio de dicha acción, al disponer: "[n]o obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos".

"Por esa razón, doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad. Para que pueda aplicarse el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas se requiere la existencia de un daño directo a los socios o a terceros. Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros".

3. En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la desestimación de la acción ejercitada en la demanda, la acción individual».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 5247/2017] DE 13 DE FEBRERO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Derecho preconcursal: acuerdo extrajudicial de pagos. El acuerdo extrajudicial de pagos solo puede afectar a los créditos anteriores a la solicitud. Las eventuales quitas y esperas contenidas en el acuerdo afectarán a los créditos por alimentos devengados antes de la solicitud, pero, en ningún caso, pueden modificar el contenido de la obligación de alimentos fijada judicialmente en el procedimiento de familia. Los créditos por alimentos contra el deudor común devengados con posterioridad a la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos serán exigibles y deberán abonarse por el deudor sin ninguna limitación.

«Lázaro es conductor de camión. Había estado casado con Estrella. Por sentencia de 29 de enero 2008 se acordó el divorcio. Tiene dos hijos nacidos del matrimonio: Mariola, nacida en el año 2000, y Edmundo, nacido en el año 2003. Tras el divorcio se impuso al Sr. Lázaro el pago de una pensión de alimentos de 300 euros para cada uno de sus hijos.

El 21 de julio de 2016, Lázaro presentó en una notaría una solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos.

En la documentación anexa al formulario de solicitud aparecía la siguiente información sobre el activo: era trabajador por cuenta ajena y tenía un sueldo medio mensual de 1.350 euros; era titular de cuentas bancarias en Caixabank y Banco Sabadell, sin indicar el saldo; era propietario de una vivienda adquirida por escritura de compraventa de 26 de junio de 2008, con una carga hipotecaria a favor del Banco de Sabadell que amortizaba en cuotas mensuales de 433,28 euros, quedando pendientes de pago a la fecha de la solicitud 63.131,72 euros; era, además, propietario de un garaje y trastero en DIRECCION000 (La Rioja), una moto matriculada en el año 1999 y un vehículo Volkswagen Passat, matriculado en el año 2000, sin que constara el valor de ambos vehículos. Por manifestación del instante, se dejaba constancia de que el dinero efectivo no llegaba a 300 euros.

En cuanto al pasivo, reseñaba los siguientes créditos: 7.260 euros, a favor de Lex Baros Asesores SLP (son honorarios de abogado por el juicio rápido 29/2012 del Juzgado de Violencia Sobre La Mujer nº 1 de Logroño y el posterior procedimiento abreviado 256/2012 del juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño, por la denuncia contra Estrella ante Inspección de Trabajo, por la ejecución forzosa 163/2010 del juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño y por el propio acuerdo extrajudicial de pagos); 4.038,62 euros, a favor de Jesús Miguel, por intereses y costas incluidos en el Decreto por el que se abre la ejecución forzosa 163/2010; y 3.458,24 euros, a favor de Carrocerías Procar S.L., por la reparación del vehículo Volkswagen Passat.

En la lista de acreedores también aparecen sus dos hijos, por la pensión de alimentos, pero sin fijar la deuda hasta entonces pendiente de pago.

El Sr. Lázaro presentó además un plan de pagos consistente en: mantener el pago de la cuota hipotecaria; reducir la pensión de alimentos a 100 euros para cada hijo, en total 200 euros; y, en cuanto a los deudores ordinarios, una quita del 80% y una espera de 2 años.

2. El notario convocó a los acreedores, mediante cartas certificadas con acuse de recibo, a una reunión en la notaría el día 7 de septiembre de 2016 a las 12,00 horas. A la reunión comparecieron, además del Sr. Lázaro, un representante de Lex Baros, que votó a favor de la propuesta de acuerdo, y el representante de Jesús Miguel, que votó en contra y objetó lo siguiente: el Sr. Jesús Miguel no es propiamente el acreedor de ese crédito por intereses y costas, sino su asistida en el procedimiento judicial (Estrella); y que

para reducir la pensión de alimentos debía acudirse a un procedimiento de modificación de medidas y no al acuerdo extrajudicial de pagos. Por su parte, Carrocerías Procar remitió un fax en el que mostraba su conformidad al acuerdo.

3. El 26 de septiembre de 2016, el notario hizo constar que no habían sido notificados los acreedores menores de edad, que no estaba determinada la cuantía correspondiente a la pensión de alimentos, y que no había sido posible alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, por lo que instó el concurso del deudor y remitió al decanato de los juzgados de Logroño copia del acta notarial.

El 14 de octubre de 2016, el notario dejó constancia de la omisión en el expediente de la notificación y convocatoria del acreedor Banco de Sabadell, y solicitó del juzgado la retirada de la petición de concurso, para reiniciar la tramitación del expediente notarial y subsanar el error padecido. El juzgado accedió a lo solicitado.

4. El 18 de noviembre de 2016, compareció en la notaría el señor Lázaro y aportó un plan de pagos alternativo, consistente en mantener el pago de la cuota hipotecaria, y en cuanto al resto de deudores una quita del 25% y una espera de 48 meses.

A la reunión con los acreedores, que debía celebrarse el 19 de diciembre de 2016, en la notaría, sólo comparecieron el Sr. Lázaro y el representante de Lex Baros, quienes votaron a favor.

Dos días antes de la reunión, Carrocerías Procar había comunicado por correo electrónico a la notaría lo siguiente: "en relación al acuerdo extrajudicial de pagos del que hemos sido notificados por el notario don Tomás Sobrino González, manifestamos que nuestra deuda asciende a la cantidad de 3458,24 euros y que estamos conformes con la propuesta de pago aportada por el deudor".

El 2 de enero de 2017, el notario hizo constar que los créditos ordinarios afectados por el acuerdo extrajudicial eran: 7.260 euros, a favor de Lex Baros Asesores; 4.038,62 euros, a favor de Jesús Miguel; 3458,24 euros, a favor de Carrocerías Procar; y 0 euros a favor de Mariola y Edmundo, al no haber comunicado dichos acreedores el importe de sus créditos. Luego, advirtió que, del pasivo reconocido, 14.756,86 euros, al haber votado a favor Lex Baros y Carrocerías Procar, se había superado la exigencia legal del voto favorable de acreedores que representen más del 60% del pasivo afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos. Y, consiguientemente, elevó a público el acuerdo.

5. El acuerdo extrajudicial de pagos ha sido impugnado por Estrella por las siguientes razones: i) El crédito de

Lex Baros no estaba justificado; ii) El crédito que se reconoce a favor de Jesús Miguel, que intervino como abogado de Estrella en el pleito en que se reconoció, es titularidad de la Sra. Estrella; iii) El crédito de Carrocerías Procar tampoco consta justificado; y iv) el crédito de alimentos a favor de los hijos menores no puede verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, y si se pretende modificar debe hacerse mediante el correspondiente procedimiento de medidas, ante el juzgado de familia.

6. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la impugnación. Respecto de los créditos de Lex Baros y Carrocerías Procar, entendió que se habían cumplido los requisitos legales para que pudieran ser tenidos en consideración, al haber revisado el mediador los datos y la documentación aportada. Resta importancia a si el crédito atribuido a Jesús Miguel es en realidad de los hijos del Sr. Lázaro, representados por su madre (Estrella), pues lo relevante es que el importe del crédito se ha tenido en cuenta para computar las mayorías. Por lo que respecta a la cuarta objeción, el juzgado entiende que el crédito por alimentos sí puede verse afectado por el acuerdo.

7. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estima el recurso y acuerda la ineficacia del acuerdo extrajudicial de pagos impugnado. La sentencia de apelación resalta que al no constar el importe del crédito por las pensiones de alimentos a los hijos menores, que, en su caso, sólo podían referirse a las pensiones vencidas e impagadas al momento de presentarse la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, no era posible apreciar que hubiera votado a favor la mayoría exigida por el art. 238 LC, en concreto el 60% del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos. Además, resalta que el acuerdo no podía alterar el importe de las pensiones de alimentos acordadas por el juzgado de familia, pendiente de devengarse, pues para eso había que acudir a un incidente de modificación de medidas.

8. La sentencia de apelación es recurrida en casación por Lázaro, sobre la base de un único motivo. SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo se basa en la infracción del art. 232 LC. Solicita del tribunal que se pronuncie sobre si el crédito por alimentos puede verse afectado por un acuerdo extrajudicial de pagos, esto es, si es susceptible de negociación. Y, añade, "en caso de que esa deuda no pueda ser establecida", pide que "se mantenga el acuerdo extrajudicial de pagos respecto de los demás créditos, y por lo tanto que no se produzca su anulación total.

2. Informe del Ministerio Fiscal. El fiscal interesa la desestimación del motivo. Entiende que la obligación

de alimentos a favor de los menores es indisponible y queda al margen de lo que puede ser competencia del juez del concurso.

3. Estimación del motivo. Para resolver el recurso, hemos de ahondar en la distinción que hace la Audiencia entre el crédito por alimentos a favor de los hijos devengado antes de la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos y los créditos que por tal concepto se vayan a devengar con posterioridad a la solicitud.

El acuerdo extrajudicial de pagos sólo puede afectar a los créditos anteriores a su solicitud, incluidos también los de alimentos ya devengados, pero no a los posteriores.

El art. 238 bis.1 LC dispone que "(e)l contenido del acuerdo extrajudicial vinculará al deudor y a los acreedores descritos en el apartado 1 del artículo precedente". Y el art. 238.1 LC hace referencia a "los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real". La norma no excluye a los acreedores de créditos por alimentos.

La Ley Concursal tan sólo excluye del acuerdo extrajudicial de pagos a los créditos con garantía real, hasta el valor de la garantía, y salvo que hubieran votado a favor (arts. 231.5, 238 bis 1 y 2 LC), y a los créditos de derecho público (arts. 231.5 y 234.1 LC), sin perjuicio de que se alcance su aplazamiento por el cauce administrativo correspondiente (art. 236.2 y DA7ª LC). El resto de los créditos anteriores a la solicitud, entre los que se encuentran los créditos por alimentos, en principio, se verán afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos.

4. El régimen de los créditos por alimentos guarda similitud con el del concurso de acreedores.

No hay duda de que el acuerdo extrajudicial de pagos no puede afectar a la obligación de pago de alimentos después de la declaración de concurso o, en este caso, de la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos.

Esto significa, por una parte, que no cabe en sede concursal modificar el contenido de la obligación de pago de alimentos, esto es, el acuerdo extrajudicial de pagos no puede reducir el importe de la obligación futura de alimentos.

Y por otra, que los créditos por alimentos contra el deudor común devengados con posterioridad a la solicitud no se ven en ningún caso afectados por un acuerdo extrajudicial de pagos, serán exigibles y deberán abonarse por el deudor sin ninguna limitación. Y, en caso de declararse el concurso consecutivo, si todavía no se hubieran satisfecho, tendrían la consideración de créditos contra la masa, en aplicación de la regla 3ª del art. 242 bis.2 LC: "3.ª

Tendrán también la consideración de créditos contra la masa los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que, conforme al artículo 84, tengan tal consideración y se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial, que no hubieran sido satisfechos".

5. Al regular los créditos contra la masa, el art. 84.2-4º LC atribuye esta condición a los de alimentos con cargo al concursado acordados judicialmente en un procedimiento de familia con posterioridad a la declaración de concurso, y, en el caso en que tuvieran su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad, a los "devengados con posterioridad a la declaración del concurso".

A sensu contrario y en consonancia con el art. 49 LC, los créditos por alimentos devengados con anterioridad a la declaración de concurso son créditos concursales ordinarios, salvo la parte que, conforme al art. 47.2 LC, el juez del concurso haya determinado que se satisfaga con cargo a la masa.

El art. 92-5º LC, cuando enumera los créditos concursales que merecen ser clasificados como subordinados, se refiere a los "créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor..." (por ejemplo, los hijos o familiares próximos), pero apostilla a continuación que "se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario".

Y, en cuanto créditos concursales ordinarios se verán afectados, en su caso, por el convenio, al no existir ninguna regla especial que los excluya.

Al mismo tiempo, la propia Ley Concursal, al regular en el art. 178 bis LC la exoneración del pasivo insatisfecho, a la que se podría llegar en caso de frustrarse la consecución o el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos y se abriera el concurso consecutivo, presupone que pueda haber créditos concursales por alimentos, cuando en su apartado 5-1º dispone lo siguiente: "La exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos:

"1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos".

6. En el concurso de acreedores, el art. 47.2 LC, tal y como lo hemos interpretado, otorga un instrumento al juez para, en su caso, evitar que la aplicación de las reseñadas reglas concursales pueda amparar abusos o situaciones objetivamente injustas. El juez podrá determinar qué parte de los créditos por alimentos

deberían necesariamente ser abonados con cargo a la masa y, por lo tanto, preservarla de los efectos novatorios del convenio.

Aunque este precepto se prevé para el concurso de acreedores, no existe inconveniente en que el juez encargado de aprobar el acuerdo extrajudicial de pagos pueda, para evitar un eventual abuso, excluir una parte del crédito por los alimentos del convenio para que fuera pagado con cargo a la masa.

7. De este modo, el acuerdo de extrajudicial de pagos en ningún caso puede modificar el contenido de la obligación de pago de alimentos fijada judicialmente en un procedimiento de familia. Y las eventuales quitas y esperas incluidas en un acuerdo extrajudicial de pagos no afectarán a los créditos por alimentos devengados con posterioridad a la solicitud, pero sí a los devengados antes, salvo que el juez disponga que una parte de estos créditos sean pagados contra la masa.

Por lo que, en nuestro caso, la quita del 25% y la espera de 48 meses convenidas podrían afectar, si existiesen, a los créditos por alimentos que el deudor Sr. Lázaro adeudaba antes de que presentara la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, pero en ningún caso a los devengados con posterioridad a la solicitud. Y, en todo caso, el acuerdo no puede contener una modificación de la obligación de alimentos a favor de los hijos. Para modificar esta obligación habría que acudir al específico procedimiento de modificación de medidas, ante el juez de familia competente.

De hecho, el plan de pagos propuesto, lo que prevé es que el crédito con garantía hipotecaria siga pagándose conforme a lo convenido, lo que supone que no quede afectado por el acuerdo, y que, al resto de los créditos, incluidos los pendientes por alimentos y costas judiciales, se les aplique una quita del 25% y una espera de 4 años.

Y la diligencia notarial de 2 de enero de 2017, cuando reseña los créditos del deudor, respecto de los créditos por alimentos a favor de los hijos menores de edad, expresamente advierte que "el acuerdo extrajudicial de pagos afecta a los saldos existentes en el momento de su inicio y no a los devengados posteriormente". Esta última aclaración deja claro que el acuerdo extrajudicial de pagos alcanzado afectaría en su caso a los alimentos ya devengados al tiempo de la solicitud, pero no a los posteriores.

8. A partir de lo anterior, hemos de examinar si concurría la mayoría del 60% del pasivo afectado, exigida por la ley para que pudiera aprobarse este acuerdo extrajudicial de pagos.

Los créditos tomados en consideración por el notario fueron los siguientes: 7.260 euros, a favor de Lex Baros Asesores SLP por honorarios de asistencia letrada; 4.038,62 euros, a favor de Jesús Miguel, por intereses y costas incluidos en la ejecución forzosa 163/2010; y 3.458,24 euros, a favor de Carrocerías Procar S.L., por reparación del vehículo Volkswagen Passat.

En la medida en que votaron a favor del acuerdo dos acreedores, Lex Baros y Carrocerías Procar, cuyos créditos ascienden a 7.260 euros y 3.468,24 euros, se cumplía la exigencia del voto favorable de los acreedores que representen más del 60% de los créditos afectados.

Como el acuerdo no afecta al crédito del banco garantizado con la hipoteca, resulta irrelevante que no se haya tenido en cuenta este crédito hipotecario.

En cuanto a los créditos por alimentos a favor de los hijos del Sr. Lázaro, no constan créditos nacidos antes de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos, que serían los únicos afectados por el acuerdo aprobado.

El burofax de Estrella de 20 de diciembre de 2016 hace referencia a unos impagos de pensiones posteriores a la solicitud, en la medida en que denuncia que el Sr. Lázaro llevaba seis meses sin pasar la pensión. Este crédito y los correspondientes a los sucesivos devengos de la pensión por alimentos serían ajenos al acuerdo, por lo que ni debían tenerse en cuenta para el cálculo de las mayorías exigidas por la ley para la aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos, ni su exigibilidad se verá afectada por el acuerdo.

9. La consecuencia de todo lo anterior es la estimación del recurso, pues el acuerdo alcanzó la mayoría exigida por la ley. Sin perjuicio de las aclaraciones realizadas sobre el alcance del acuerdo aprobado, que no puede novar la obligación de pago de alimentos acordada por el juzgado de familia, ni puede afectar a los concretos créditos por alimentos posteriores a la solicitud del expediente.

La estimación del recurso de casación supone la estimación en parte del recurso de apelación, porque se reconoce la validez del acuerdo extrajudicial de pagos en cuanto no afecte a los créditos por alimentos devengados con posterioridad a la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos. Lo que supone una estimación parcial de la demanda de impugnación».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA [Recurso 882/2018] DE 11 DE FEBRERO DE 2019 [Ponente: María del Carmen Bernat Álvarez]

Derecho preconcursal: acuerdo extrajudicial de pagos. Procede la declaración de concurso consecutivo en el caso de que, admitida la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, el mediador concursal no acepte el cargo por causa no imputable al deudor.

«En fecha 30 de noviembre de 2018 se han recibido los autos de Concurso consecutivo 863/2018 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Lleida a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora María Del Carme Cararach Gomar, en nombre y representación de Lorenzo contra Auto de fecha 25/09/2018.

SEGUNDO. El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Tengo por recibido en este Juzgado la presente solicitud y demás documentación que se acompaña por Doña Marta en representación de Don Lorenzo, y no ha lugar a la declaración de concurso consecutivo inadmitiendo la demanda. [...]"

TERCERO. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

CUARTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada María Carmen Bernat Alvarez.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La resolución recurrida acuerda no admitir a trámite la solicitud de declaración de concurso consecutivo presentada por la representación de Lorenzo al considerar que no se cumplen los presupuestos establecidos legalmente para tal declaración, por cuanto no estamos ante una propuesta de acuerdo extrajudicial de pago no aceptada o incumplida, sino que directamente no se llegó a intentar el mismo por falta de nombramiento de mediador concursal. Entiende la juzgadora que la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos que contempla el art. 242.1 LC no se interpreta como la imposibilidad de nombrar administrador concursal por cuanto siempre cabe la posibilidad de nombrar mediador al propio notario ante el que se presenta la solicitud.

Frente a dicha resolución interpone recurso de apelación el solicitante, alegando que la juzgadora no ha aplicado correctamente los preceptos sustantivos

aplicables al caso concreto, incurriendo en error al no admitir la solicitud de concurso, error que genera una clara indefensión.

SEGUNDO. El art. 242.1 LC relativo las especialidades del concurso consecutivo, establece que tendrá la consideración del concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento.

La cuestión objeto de debate se centra en determinar qué debe entenderse por imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, que la juzgadora no considera cumplido en el supuesto de autos y el solicitante del concurso sí.

El legislador ha diseñado un doble procedimiento para lograr la exoneración de deudas en el caso de las personas físicas empresarios o no empresarios, puesto que les obliga a un primer trámite denominado acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss. LC) y tras el fracaso del mismo obliga a acudir al concurso consecutivo (art.242 LC) para poder solicitar y obtener el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el Art. 178 bis tras la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/2015 y Ley 25/2015.

Respecto del requisito de "haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos", los jueces de Barcelona competentes en la materia se han pronunciado al respecto.

Así en el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016 sobre interpretación del art. 178 bis de la LC se ha entendido que "también se considerará que se ha intentado celebrar un AEP a los efectos del art. 178 bis 3. 3º cuando se acrediten otros supuestos en que se ponga fin, por causa no imputable al deudor, al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos".

Incluso a nivel estatal ha habido un pronunciamiento en la materia. Así en el último Congreso anual de Jueces especialistas en asuntos de lo mercantil celebrado en el mes de noviembre de 2016 en la ciudad de Santander, se alcanzó esta conclusión sobre el significado de "intentar un acuerdo extrajudicial de pagos": "Estamos conformes en que por intentar un acuerdo extrajudicial de pagos se incluirían aquellos casos en los que elevada una propuesta de acuerdo,

ésta no sea aceptada por los acreedores o los acreedores deciden no continuar (236.4) o no acuden a la reunión (237). También estaríamos hablando de casos en que el mediador concursal decida, a la vista de las circunstancias del caso, no presentar una propuesta a los acreedores y solicitar concurso, o supuestos en los que la solicitud de AEP haya sido admitida y no se haya aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor.

En todo caso la mayoría hemos considerado que el concepto de "intentar un AEP", recogido en la norma para calificar a un deudor de buena fe, debe ser interpretado de forma amplia y podríamos incluir cualquier supuesto en que se ponga fin al procedimiento de AEP, incluso en los casos de incumplimiento del acuerdo alcanzado o casos de anulación del mismo".

Es unánime la postura de que la interpretación del citado requisito debe ser flexible y amplia considerando cualquier supuesto en el que se ponga fin al procedimiento de AEP.

En dicha interpretación se incluye, pues, el supuesto que la solicitud de AEP haya sido admitida y no se haya aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor, que es precisamente lo que ha ocurrido en el caso de autos, tal y como se desprende del acta notarial de designación de mediador concursal de fecha 12 de abril de 2018 aportada junto a la solicitud.

Consta en dicha acta notarial que los esposos Sres. Lorenzo solicitaron la designación de mediador concursal a los efectos de llegar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, realizando la notaria el control de legalidad notarial vistos los arts. 231 y 232 LC, declarando cumplidas las prescripciones legales por concurrir en el solicitante los requisitos exigidos, pasando a continuación a la designación de mediador. Accedió la notaria hasta en tres ocasiones al portal del Boletín Oficial del Estado el que consta de forma secuencial el listado de mediadores concursales correspondientes a la provincia de Lleida y tras notificar a los mediadores su designación ninguno de ellos aceptó el cargo, procediendo al cierre del acta al no haber sido posible la aceptación de mediador concursal.

Este cierre del acta y la finalización del AEP no son en ningún caso imputables a los deudores, los cuales de forma diligente presentaron la solicitud de AEP con la documentación correspondiente.

La interpretación amplia y flexible del citado requisito en el sentido que debe ser considerando cualquier supuesto en el que se ponga fin al procedimiento de AEP ha sido acogida por los Juzgados y Tribunales y en tal sentido SAP Barcelona, sec., 15, de 26 de mayo de 2017; SAP Baleares de 10 de noviembre de 2017 y S. del Juzgado de lo Mercantil nº 7, Barcelona, S 03-11-2016, nº autos 775/2016.

Ilustrativo por contemplar un supuesto análogo al de autos es el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1, Barcelona, 02-07-2015, nº 255/2015, nº autos 1109/2014, que por lo que aquí interesa, dispone: "De los efectos que produce el intento de celebración de un acuerdo extrajudicial de pagos.

A tenor del artículo 5 bis LC, en la redacción otorgada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, el notario debería comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al Juzgado Mercantil competente para la declaración de concurso, en el supuesto de que el deudor solicite un acuerdo extrajudicial de pagos, y una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo. Dicha comunicación exime del deber de solicitar el concurso voluntario (art. 5 bis.2 in fine LC), y transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor debe solicitar el concurso voluntario, haya o no alcanzado el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 5 bis.5 in fine).

En el presente caso, no es controvertido que hasta en dos ocasiones la deudora D^a. Silvia trató de iniciar el acuerdo extrajudicial de pagos, ante el Notario D. Sergi González Delgado (constan en autos los documentos notariales), siendo así que, por causas no imputables a la misma, no se produjo la comunicación a la que alude el artículo 5 bis LC.

En efecto, el 18 de febrero de 2014, la referida solicitud fue archivada por el Notario D. Sergi González Delgado, por no hallarse publicado el Registro de Mediadores Concursales. En ese momento procesal, la deudora trató de agotar los mecanismos procesales a su alcance, interesando del Juzgado Mercantil nº 7, competente para conocer, en su caso, del concurso consecutivo, medidas cautelares consistentes en la suspensión de las ejecuciones singulares iniciadas, ante la imposibilidad de efectuar dicha comunicación por falta de nombramiento y aceptación del mediador concursal. El Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona dicta sendos autos de 3, 4 y 14 de abril de 2014 acordando las medidas, al interpretar que la imposibilidad de nombramiento de mediador concursal no debe impedir que rijan los efectos que la

legislación concursal otorga al inicio del acuerdo extrajudicial de pagos.

Posteriormente, en fecha 12 de enero de 2015, el Notario D. Sergi González Delgado inició un nuevo expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, previa solicitud de D^a. Silvia, proponiendo como mediadora concursal a D^a. María Luisa, quien, tras requerir en diversas ocasiones a la Sra. Silvia la aportación de la información que consideró oportuna, rechazó aceptar el cargo el 18 de marzo de 2015, sin alegar causa alguna amparada en los artículos 231 y ss. LC. Tal actuación de la mediadora concursal no está prevista en los artículos 231 y ss. LC y ocasiona seria indefensión a la deudora, que se ve privada de la posibilidad de activar el mecanismo del artículo 5 bis LC antes citado por falta de aceptación del cargo sin concurrencia de causa para ello.

Ante la falta de aceptación del cargo por parte de la mediadora concursal propuesta, el Notario D. Sergi González Delgado archiva la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos en fecha 25 de marzo de 2015. Dicho acto procesal debe interpretarse, a fin de evitar cualquier tipo de indefensión a la deudora, como la finalización del intento de celebración de un acuerdo extrajudicial de pagos, por causa no imputable a la deudora, y ello a los fines de la aplicación del artículo 178 bis.3 LC (art. 242.1 LC).

Contextualizados los hechos, resulta que la presentación de solicitud de concurso voluntario efectuada el 11 de mayo de 2015, se antoja la consecuencia inevitable de la imposibilidad de alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos (por falta de aceptación del cargo del mediador concursal), procediendo la solicitud de concurso consecutivo, que se entiende realizada en legal forma (art. 242.1 LC)"

Y la misma conclusión debe alcanzarse en el supuesto de autos, considerando la Sala que la presentación de solicitud de concurso voluntario se antoja la consecuencia inevitable de la imposibilidad de alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos (por falta de aceptación del cargo de mediador concursal), procediendo la solicitud de concurso consecutivo, que se entiende realizada en legal forma (art. 242.1 LC), lo que determina la estimación del recurso».

JUZGADOS

AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE MADRID [Autos 1663/2018] DE 18 DE

DICIEMBRE DE 2018 [Magistrado: Carlos Nieto Delgado]

Derecho preconcursal: homologación judicial de un acuerdo de refinanciación con posterioridad a la declaración de concurso. El acuerdo tiene exclusivamente por objeto la refinanciación de los créditos contra la masa.

«PRIMERO. - La Disposición Adicional 4^a de la Ley Concursal, en la redacción resultante de la reforma operada por la Ley 38/2011, contempló la posibilidad de solicitar la homologación judicial de cualquier acuerdo de refinanciación que reuniera los requisitos del artículo 71.6 LC y que hubiera sido suscrito por acreedores que representasen al menos setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento del acuerdo. La reforma de 2013 operada por la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, modificó el apartado 1 de dicha disposición, intentando sin duda añadir cierta seguridad jurídica en la aplicación de la disciplina de homologación de los acuerdos de refinanciación, ante la divergencia de las interpretaciones judiciales en liza. El cambio legal afectaba básicamente a la mayoría del pasivo titularidad de entidades financieras exigida para acceder a la homologación del acuerdo de refinanciación, así como a la supresión del quórum global de la masa pasiva, derivado de la remisión al artículo 71.6 LC.

La reforma operada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo (cuyo contenido recoge hoy la Ley 17/2014, de 30 de septiembre) modificó radicalmente el régimen de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente en tres aspectos fundamentalmente: a) ampliando las posibilidades de extender sus efectos a los acreedores financieros disidentes y ausentes, incluyendo no sólo la imposición de esperas sino también de quitas sin límite, daciones en pago y canjes de deuda por capital; b) disponiendo que esa extensión pasa a afectar por vez primera a los acreedores con garantía real, en función de la concurrencia de mayorías específicas de acreedores garantizados; y c) estableciendo que los acuerdos de refinanciación quedarán protegidos por el grado máximo de irrevocabilidad, independientemente de la observancia de las exigencias del artículo 71 bis LC.

Ninguno de los sucesivos cambios introducidos en la regulación de los acuerdos de refinanciación que recoge nuestra normativa sobre insolvencias

contempla de forma expresa la posibilidad de que pueda suscribirse un acuerdo de refinanciación y homologarse judicialmente con posterioridad a la declaración de concurso. Podría sustentar la idea de que el Legislador no consideró en absoluto esa opción el hecho de que en el Preámbulo de Ley 38/2011 se incluyese una referencia a los acuerdos de refinanciación como un exponente de los “institutos preconcursales” (lo que parece descartar su virtualidad tras la declaración de concurso); un argumento que parece cobrar fuerza en los proyectos de codificación más recientes, como la Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal de 6 de marzo de 2017, en que los acuerdos de refinanciación pasan a quedar incorporados a un Libro II, completamente separado del resto de reglas concursales, titulado “Del Derecho Preconcursal”, y cuyo artículo 604 expresamente introduce como requisito para la petición de homologación de un acuerdo de refinanciación que el deudor “no hubiera sido declarado en concurso”.

Contrariamente a estas últimas previsiones, la escueta e incompleta regulación de los acuerdos de refinanciación contenida en la vigente Ley 22/2003 no recoge ninguna expresa prohibición que impida que un acuerdo de refinanciación pueda ser suscrito y homologado tras la declaración de concurso. La cuestión no ha sido ajena ni a la praxis judicial ni a los estudios sobre la regulación concursal de las refinanciaciones. Con relación a la primera, el Auto del JM núm. 3 de Barcelona de 11 de junio de 2013, referido al concurso de la constructora Habitat, admitió la posibilidad de homologación de un acuerdo de refinanciación durante la situación de convenio, arbitrando una salida viable a la imposibilidad de su cumplimiento antes de que el Legislador de urgencia contemplase en el Real Decreto-ley 11/2014 una limitada posibilidad de modificación (véase el artículo dedicado a su comentario de GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Modificación y refinanciación del convenio concursal”, en RDCP núm. 20/2014, págs. 309-321). En el ámbito de los estudios doctrinales, en el trabajo de J. YAÑEZ y C. NIETO, “Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos”, ADC Nº. 32, 2014, págs. 155-193, se analizó y admitió la posibilidad de “negociar una refinanciación respecto de créditos contra la masa pendientes de pago a la aprobación judicial del convenio, o bien que venga referida a obligaciones post-convenio que, en un concurso posterior, hubieran de merecer la misma calificación, tras la modificación operada en este punto por la Ley 38/2011”; a favor de esa postura se argumentaba que

“en torno a estos créditos, no se advierte ninguna restricción que impida la firma y homologación judicial del acuerdo (que la Ley Concursal no contempla expresamente ni por tanto puede exigirse que sea confiada al Juez del concurso, pero que puede ser atribuida a este último mediante normas de reparto por antecedentes).”

Los escenarios en que cabe imaginar la posibilidad y utilidad de la homologación de un acuerdo de refinanciación tras la apertura de un procedimiento de insolvencia son múltiples y variados. Cabe pensar, por ejemplo, en acuerdos de refinanciación suscritos antes de la declaración de concurso pero que acceden a su homologación tras la apertura del procedimiento de insolvencia: se trataría de acuerdos que, reuniendo en origen los requisitos de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal, por razones de reducción de costes o de mera conveniencia no se había considerado la opción de someterlos a la homologación judicial, si bien el cauce habría cobrado sentido y utilidad tras la declaración de concurso, al objeto de obtener determinadas ventajas del mismo (como el privilegio de absoluta irrevocabilidad: apartado 13 de la Disposición Adicional 4ª). Cabe igualmente imaginar acuerdos de refinanciación post-concursales, que vinculando exclusivamente a una clase de acreedores (los financieros), permitan por un cauce rápido remover una situación de insolvencia aportando nueva financiación y acceder a una inmediata conclusión del procedimiento, por la causa prevenida en el artículo 176.4º de la LC.

Puede por último pensarse en la homologación judicial de un acuerdo cuyo objeto sea exclusivamente la refinanciación de créditos contra la masa tras el concurso, que es justamente el caso que en la presente instancia nos ocupa, en la línea ya apuntada por los estudios que antes hemos citado. La suerte y disciplina de los créditos contra la masa aparece en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo absolutamente desvinculada de la de los créditos concursales, al afirmarse por ejemplo en la Sentencia de 13 de marzo de 2017, con cita de las de 24 julio de 2014 y de la de 18 de febrero de 2013, lo siguiente: “En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos anteriores frente al deudor común formen parte de la masa pasiva (art. 49 de la Ley Concursal) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio

creditorum, que impiden, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Esa es la razón por la que el art. 58 de la Ley Concursal prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso. Pero si el crédito no es concursal, sino contra la masa, no se integra en la masa pasiva del concurso, no está sujeto a las reglas de la par condicio creditorum, y puede ser pagado al margen de la solución concursal alcanzada, sea la de convenio o la de liquidación.” (la cursiva es nuestra).

La absoluta autonomía y separación de los créditos contra la masa y los concursales en el procedimiento español de insolvencia permite considerar y defender la idea de que, con relación a su pago, los acreedores y el deudor (debidamente intervenido por la Administración concursal) puedan alcanzar, incluso tras el concurso, acuerdos en los que pueda articularse una modificación o extinción de las obligaciones que de ellos nazcan, bien sea mediante prórroga de su plazo de vencimiento, o bien mediante el reconocimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. La renegociación de los créditos contra la masa puede devenir una imperiosa necesidad en escenarios en los que se precise un aplazamiento de su exigibilidad, para poder así alcanzar los propios fines del procedimiento, posponiendo por ejemplo su vencimiento, en aras de la atención perentoria de otros de fecha posterior (por ejemplo, vinculados a la continuidad de la actividad empresarial: salarios, tributos, cotizaciones sociales, etc. en la perspectiva de una proyectada venta de unidad productiva).

En torno a esta operativa, aunque el artículo 84.3 LC ya confiere a la Administración concursal cierto margen de maniobra para llevar a efecto ese tipo de alteraciones en el orden de pago de los créditos contra la masa, la adopción de semejante decisión fuerza a efectuar complejas prospecciones (por ejemplo, en cuanto a la suficiencia de la masa para la íntegra satisfacción de todos los créditos contra la masa), cuya valoración podría dar lugar a errores susceptibles de generar responsabilidad, haciendo aconsejable un trámite de homologación judicial del acuerdo de refinanciación de la deuda contra la masa como el que aquí se pide.

Conviene así aceptar que sean los propios acreedores financieros contra la masa y el deudor en concurso (con la intervención de la Administración concursal) los que colectivamente suscriban un acuerdo de

refinanciación; con posibilidad de homologar el mismo, concurriendo los requisitos formales y materiales para ello; y sin que sea un óbice para ello que el procedimiento de insolvencia haya sido ya abierto. Homologación que ciertamente no incidirá en aspectos como la irrevocabilidad del pacto (por su posterioridad respecto de la situación de concurso), pero permitirá obtener otras ventajas legales, como la extensión de efectos a los acreedores contra la masa disidentes o la consideración de adheridos para los disconformes en el seno de un acuerdo de sindicación; impidiéndose de ese modo un rosario de ejecuciones singulares de créditos contra la masa (artículo 84.4 LC), que podrían resultar distorsionadores de todo el procedimiento y comprometer su correcto desarrollo y viabilidad.

SEGUNDO.- Entrando ya a los requisitos necesarios para conceder la homologación del presente acuerdo de refinanciación, el apartado 1 de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal dispone que “podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros, reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis.” La remisión al artículo 71 bis LC supone la necesidad de que en el acuerdo: a) se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y b) se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo y el acuerdo se formalice en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores. El apartado 5 de la Disposición Adicional 4ª, completando la anterior disciplina a nivel procesal, dispone que la competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores. La solicitud podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación y se acompañará del acuerdo de refinanciación adoptado, de la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos

con los efectos previstos para cada caso, de los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes designados conforme al artículo 71 bis.4 y de la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado.

En el presente caso, la competencia objetiva, territorial y funcional de este Juzgado para la homologación viene ya dada por la propia declaración de concurso de las sociedades que participan en el acuerdo de refinanciación, conforme a lo resuelto por el auto firme de fecha 12 de julio de 2017 dictado en los autos núm. 700/2017. En el plano formal, el acuerdo ha sido elevado a público ante el Notario D. PEDRO LUIS GUTIÉRREZ MORENO en fecha 29 de noviembre de 2018, con el número 2919 de su protocolo, conforme resulta de la escritura acompañada como documento núm. 1 a la solicitud.

TERCERO. - En cuanto concierne a la concurrencia de la mayoría del pasivo financiero que legalmente se exige, se distingue en la solicitud la situación de GRUPO ISOLUX CORSÁN, S.A., que es la entidad deudora de los créditos contra la masa objeto de la refinanciación; y la de las entidades GRUPO ISOLUX CORSÁN CONCESIONES, S.A., ISOLUX ENERGY INVESTMENTS, S.L.U., ISOLUX CORSÁN INMOBILIARIA, S.A. y POWER INVESTING, N.V., que intervienen únicamente como garantes del acuerdo. Como ya tuvimos oportunidad de exponer en el expediente núm. 679/2016 tramitado en este mismo Juzgado con motivo de la refinanciación de Grupo Empresarial Sando, S.L. y otras sociedades, que fue resuelto por auto de 16 de marzo de 2017, la homologación de un acuerdo de refinanciación puede extenderse a todas las deudoras del pasivo objeto de la refinanciación, pero no a cualesquiera otras sociedades que figuren como meros firmantes o de cualquier otro modo garantes del acuerdo. La Disposición Adicional 4ª se refiere exclusivamente a la homologación del acuerdo de refinanciación suscrito por “el deudor”, y refiere la concurrencia de los requisitos exigibles para la homologación exclusivamente al pasivo financiero de este último. Donde no hay pasivo refinanciado (ni por tanto certificación de auditor), con fines de garantía de la viabilidad en el corto o medio plazo, no es posible otorgar una homologación judicial ni los beneficios asociados a la misma.

En el presente caso, la solicitante de la homologación aporta una certificación emitida por la entidad PricewaterhouseCoopers Auditores, S.L. de fecha 29

de noviembre de 2018, en su condición de auditor de GRUPO ISOLUX CORSÁN, S.A. De la misma se desprende que la renegociación del pasivo financiero calificado como crédito contra la masa exclusivamente concierne a esta última sociedad, y no a ninguna de las restantes que firman la solicitud de homologación y/o que puedan haberse adherido de cualquier otro modo al acuerdo. A la vista de la referida certificación, se concluye que el pasivo financiero adherido al acuerdo de refinanciación asciende a 97.595.000 EUR, sobre un total de 118.121.000 EUR de pasivo financiero de la sociedad que debe ser calificado como crédito contra la masa y que no se encuentra excluido en razón de la condición de persona especialmente relacionada del acreedor o por hallarse en cualquier otro supuesto legal de exclusión (Disposición Adicional 4ª LC, apartado 1 párrafos segundo y tercero). Si bien el porcentaje de adhesión reflejado en la certificación, que no se especifica, alcanza el 82,62% conforme al cálculo que se ve obligado a efectuar el propio Juzgador, en la certificación se clarifica que la totalidad del pasivo financiero considerado se integra en un acuerdo sujeto a un régimen o pacto de sindicación, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el párrafo 4 del apartado 1 de la Disposición Adicional 4ª conviene entender que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo han suscrito el acuerdo de refinanciación, lo que permite afirmar la indudable concurrencia del porcentaje de pasivo necesario para conceder la homologación.

CUARTO.- En cuanto concierne al requisito de la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo, la solicitud de homologación de acompaña de un Plan de Viabilidad elaborado por las entidades CONSULTORÍA Y MEDIACIÓN CORPORATIVA, S.A. y UHY FAY & CO AUDITORES CONSULTORES, S.L. Dicho plan, con profusión de datos y cifras, concluye (p. 9) que “sobre la base del cumplimiento en importe y plazo de los principales hitos puestos de manifiesto anteriormente soportados por la información suministrada por la Compañía, se estima que las previsiones asumidas para la realización del Plan de Viabilidad de Isolux son “razonables y realizables” en tiempo y forma, cumpliendo de este modo con la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal y en concreto con el artículo 71 bis.1”.

La Disposición Adicional 4ª no encomienda al Juez Mercantil facultades de fiscalización o escrutinio de la exactitud, corrección o razonabilidad del plan de viabilidad que se acompaña a la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación que ha sido suscrito por una sociedad que ya se halla en concurso (y accedió al proceso por una situación de insolvencia actual). En todo caso, debe indicarse: a) que el deudor que suscribe el acuerdo de homologación no tiene pedida la liquidación (art. 142 LC), ni se ha solicitado por parte legitimada el cese de su actividad (art. 44.3 LC); y b) que como sostiene la más autorizada doctrina en la materia (J. Pulgar, Preconcurso y reestructuración empresarial, Madrid:Wolters Kluwer, 2016, p. 294), “la concurrencia de un estado de insolvencia, ya sea actual o inminente, no es incompatible con la viabilidad si pensamos en la tipología del deudor, implícitamente subyacente al acuerdo de refinanciación, que serían deudores con dificultades financieras más que económicas, pero que con un adecuado plan de viabilidad, que entre otros aspectos contemple la reducción de dichos costes financieros, podría resultar viable”.

QUINTO.- En lo que concierne a la extensión de efectos, mientras que las redacciones de la Disposición Adicional 4ª anteriores a las reformas de 2014 habían impuesto la exigencia de una única mayoría, que servía simultáneamente para obtener la homologación y los efectos de extensión que a esta última le eran propios, el texto fruto de la norma fruto de los cambios operados por el Real Decreto-ley 4/2014 y la Ley 17/2014 establece: a) una mayoría mínima exigible para la homologación sin extensión de efectos; y b) una escala gradual, de distintas mayorías, genéricas y específicas, en función de los efectos que hayan de extenderse y los acreedores a los que hayan de alcanzar tales efectos.

En particular, si el acuerdo fuera suscrito por acreedores que representen al menos el 60 por ciento del pasivo financiero, a los titulares de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, se les extenderán, por la homologación judicial, los efectos acordados en el acuerdo de refinanciación las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la

conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

En el presente caso, no resulta preciso ordenar una extensión judicial de los efectos del acuerdo a acreedores disidentes y ausentes, porque en razón de la inclusión de estos últimos en un acuerdo sindicado, la concurrencia de una mayoría superior al 75% ya permite, gracias al trámite homologador, tener a la totalidad del pasivo financiero por adherido al acuerdo. Así se desprende inequívocamente de la redacción vigente del párrafo cuarto del apartado 1 de la Disposición Adicional Cuarta, donde expresamente se establece que “en caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación”. Adhesión que no es solo “a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes”, como resultaba de la redacción dada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, sino a todos los efectos, como resulta de la supresión de ese inciso operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

Avalando esta misma interpretación, si en los Acuerdos interpretativos suscritos por los Jueces Mercantiles de Madrid en fecha 7 y 21 de noviembre de 2014 se defendía que la adición del inciso “a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes” introducido por la Ley 17/2014 debía interpretarse en el sentido de que el acreedor disidente en el seno de un acuerdo sindicado únicamente quedaba vinculado al acuerdo de refinanciación homologado si concurría la mayoría global de pasivo necesaria para extender sus efectos y conservaba sus derechos para impugnar la homologación, conviene entender que la supresión expresa de esa proposición por el art. único.Cuatro.4 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo ha de tener el efecto de que los acreedores incluidos en un acuerdo de sindicación habrán de pasar a considerarse, como aquí acontece, adheridos a todos los efectos, mediando la mayoría del 75% del pasivo integrante del mismo y sin

necesidad de ningún pronunciamiento especial de extensión.

SEXO. - Dentro de los quince días siguientes a la publicación de la presente resolución, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla. Los motivos de la impugnación, que deberá seguir el cauce procesal del incidente concursal, se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido».